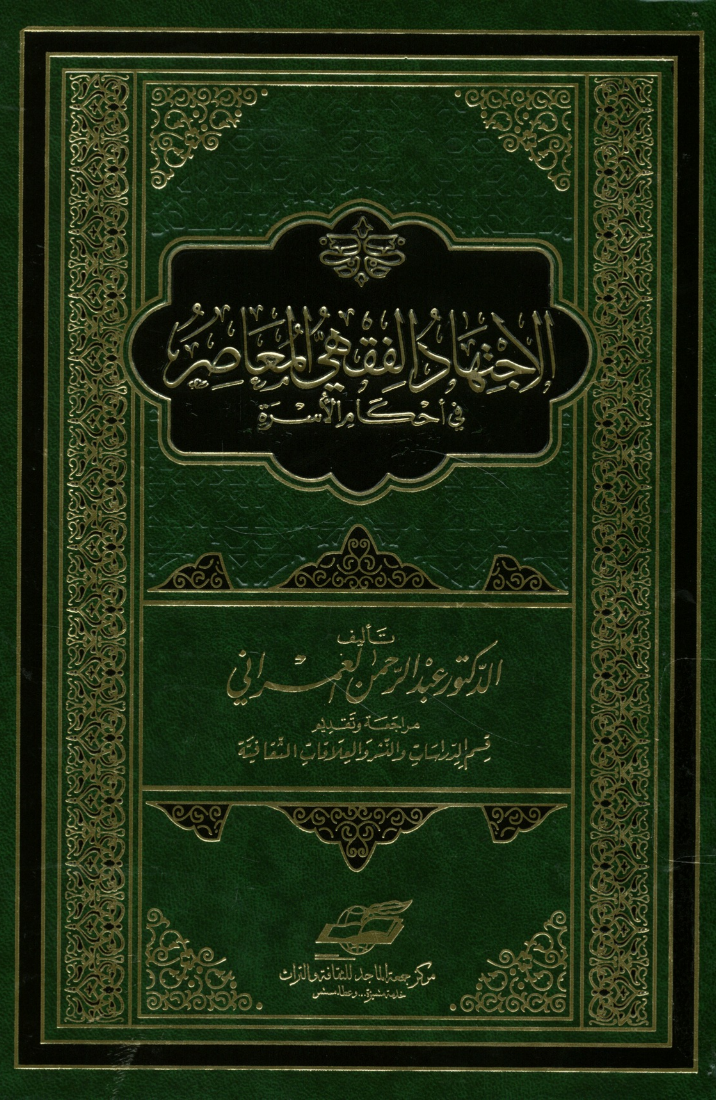

الاجتهاد الفقهي المعاصر
في أحكام الأسرة
تأليف
الدكتور عبد الرحمن العمراني
مراجعة وتقديم
قسم الدراسات والنشر والعلاقات الثقافية
مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث
خدمة متميزة... وعطاء مستمر




الاجتهاد الفقهي المعاصر
في أحكام الأسرة



مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث

ص.ب.: 55156 ـ دبي ـ الإمارات العربية المتحدة

هاتف: 2624999 4 00971 / 2625999 4 00971 فاكس: 2696950 4 00971

www.almajidcenter.org - E-mail: info@almajidcenter.org



تأليف

الدكتور عبد الرحمن العمراني

مراجعة وتقديم

قسم الدراسات والنشر والعلاقات الثقافية



254.1
ع م ر ا

العمراني، عبد الرحمن.

الاجتهاد الفقهي المعاصر في أحكام الأسرة / تأليف عبد الرحمان العمراني ؛ مراجعة و تقديم قسم الدراسات و النشر و العلاقات الثقافية. ـ ط. 1. - دبي : مركز جمعة الماجد للثقافة و التراث، 2009.

538 ص. ؛ 24 سم.

أصلاً رسالة جامعية (دكتوراه)-جامعة محمد الخامس، 1420هـ/2000م.

ببليوجرافيا: ص. 517-537.

ردمك 978-9948-15-021-3

1 - الزواج ـ الاجتهاد (فقه إسلامي) ـ الأحكام الشرعية.

2- الطلاق ـ الاجتهاد (فقه إسلامي) ـ الأحكام الشرعية. أ. العنوان.

الطبعة الأولى

١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م.





تقديم

الحمد الله مبدع الأكوان وخالق الإنسان ومُزَوِّج أفراده إناثا وذكرانٍ بعقدة مصانة في جميع الملل وما أنزل من الأديان، ودعا إلى التزامها واجتناب سبل الشيطان، والصلاة والسلام على من أوتي الحكمة وحسن البيان وعلى آله وصحبه أهل القرآن، أما بعد:

إن الله سبحانه وتعالى لما خلق الإنسان واستخلفه في الأرض واستعمره فيها جعل منه نسلاً تقوم عليه العمارة ويستمر به الاستخلاف، وجعل للنسل سبيلاً يبتغى بها وهو النكاح الذي هو ركن من أركان المصلحة في الخلق وسبباً لصلاحهم وسلامة أعراضهم شرعه الله طريقا لنمائهم وجعله شرعة من دينه ومنهجا من سبيله، وأناطه بجملة من الأركان والشروط ليميزه عن السِّفاح.

ولما كان تغير الأزمان وتبدُّل الأحوال بتغير المكان سنةً ماضيةً في الأكوان كان الأنسان أكثر الأشياء تأثّرًا بذلك في حياته واجتماعه، ولهذا فهو دائما يسعى باجتهاده لتطوير نظامه بما يحفظ دينه ويحسن مسيرته.

ولما كانت عقول الناس وأنظارهم ليست على وزان واحد في فهم القضايا وتحليلها وتبصر المشاكل ودراستها وتلمس مواطن الداء وعلاجها كان التجاذب بينهم في ذلك ديدن عملهم واجتهادهم، وكانت أحكام الأسرة من ساحات هذا التجاذب، وذاك النقاش الساخن.

وقد جاء هذا الكتاب الموسوم بـ: **الاجتهاد الفقهي المعاصر في أحكام الأسرة**، تأليف الدكتور عبد الرحمان العمراني ليرصد بدقة مواقع الاجتهاد المعاصر في أحكام الأسرة ويعالج بعناية وإحكام العناصر التي وقع حولها تجاذب بين أقطاب الفقه الإسلامي ورجال القانون والاجتماع والسياسة، فكان كتابًا جيدًا في بابه رشيقًا في أسلوبه شيقًا في طريقة عرضه.

وقد عالج الكتاب ضمن بابين وسبعة فصول جملةً من المسائل المتعلقة بقضايا أحكام الأسرة من أهمها:

مسألة مطالبة أحد الخطيبين بتعويض عن ضرر العدول عن الخطبة، سواء أكانَ الضرر مادياً أم معنوياً. وهي نازلة ظهرت في هذا العصر واختلف الناس في حكمها.

ومسألة مهمة تتعلق بأعراض المسلمين ألا وهي ظاهرة التحايل التي يمارسها غير المسلمين الذين يشهرون إسلامهم ويظهرون دخولهم فيه ليتمكنوا من نكاح المسلمات - لأنه يحرم في الشّرع أن تتزوج مسلمة بغير المسلم - حتّى إذا تأتّى لهم ذلك، لا يرى من سلوكهم ومعاملاتهم إلا ما كان مخالفاً للشرع، فكان الاحتياط في هذا الأمر والتريث فيه من أوكد الأمور.

كما عالج مسألة الولي في الزواج التي تعد من أكثر المسائل انتقادًا من قبل الرافضين لقانون أحكام الأسرة في البلاد العربية، وذلك لتعارضه مع مبدأ حرية المرأة، لأن مشاركة وليها في زواجها يعد تقييداً لحريتها وحكماً عليها بالقصور وبناء عليه فقد نصت بعض قوانين الأحوال الشخصيّة في الدول الإسلامية على إلغاء ولاية التزويج.

ومن المسائل التي تعرض لها الباحث بالدرس والتحليل مسألة حق الزّوجة في النّفقة، فبيّن صورتها عند الفقهاء قديمًا وما دخل عليها اليوم من الإشكالات بسبب خروج المرأة للعمل وهل ذلك حق لها أم هو من حقوق الزوج.

كما تناول الباحث قضيةً مهمةً لايزال السِّجال قائمًا حولها وهي مسألة تقييد تعدد الزوجات التي أحدثها النَّاس منذ بداية القرن الرّابع عشر الهجريّ هذا السِّجال الذي تطور فيما بعد في بعض الدول العربية ليصبح قانونًا نافذًا، بل جعلت ممارسته جريمة يعاقب عليها القانون.

ونظرا لأهمية الكتاب العلمية إضافة إلى كونه رسالة جامعية ، رأى مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث طباعته خدمة للباحثين والدراسين في هذا الحقل وإثراء للمعارف الشرعية من خلال مناقشة ما استجد فيها من نوازل وما حصل حولها من اجتهادات.

ولا يفوتنا ونحن نخرج هذا العمل أن نتوجه بالشكر الجزيل إلى كل من ساعدناوسهل لنا إخراجه وعلى رأسهم معالي جمعة الماجد رئيس المركز وكل الإخوة بالإدارة العليا.

وأخيرًا نأمل أن تسد هذه اللبنة ثغرةً من ثغور الثقافة الإسلاميةتكون نبراسًا لأولئك الباحثين عن كنوز المعرفة في حضارتنا الإسلامية.

الدكتور عزالدين بن زغيبة
مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث

المُقدّمَة

عبَّر الفقهاء قديماً عن أحكام الأُسرة بفقه النكاح، فهي جزء من أحكام الشريعة الإسلاميّة[١]، فصل الشَّارع فيها أحكام منصوصة من قبل إنجاز عقد الزَّواج وحين قيام العلاقة الزوجيّة، ومن بعد انتهائها بموت أو طلاق. وكانت سيرة رسول الله صلّى الله عليه وسلّم مع زوجاته رضي الله عنهنّ المثال العملي لهذه الأحكام، بما كانت تبلغه نساؤه من أحاديث في هذا الشأن، وبما كان يقضي به فيما ينزل بالصحابة مع نسائهم. وقد جاءت النّصوص في الكتاب في شأن الأُسرة أكثر تفصيلاً لتدل على ثبوتها فلا تضعف ولا تتزحزح مع الزمن، وهي نصوص ضابطة تكررت فيها آية «تلك حدود الله» لتضمن استقرار الأُسرة، وتمنع التنازع ما أمكن، أو تعالجه. كما جاءت الشريعة بقواعد وأصول عامّة تدور في نطاقها الأحكام تبعاً لتغير الزمان والمكان، فأناطت بالعلماء أن يجتهدوا فيها على ضوئها بما يصلح من أحوال المسلمين. كانت للصحابة في المسائل التي لم يجدوا فيها أحكاماً في الكتاب والسُّنَّة آراء واجتهادات.

---

(١) تعارف الفقهاء من أهل السُّنَّة قديماً على تقسيم الأحكام الشرعيّة على قسمين اثنين؛ أحدهما: عبادات تنظّم علاقة الإنسان بخالقه، والثاني: معاملات تنظم علاقة الناس فيما بينهم. وذهب بعضهم إلى تقسيمها على أربعة أقسام أحدها: عبادات والثاني مناكحات والثالث معاملات والرابع عقوبات على اعتبار أن القسم الأوّل يتعلّق بأمر الآخرة والأقسام الثلاثة الباقية تتعلّق بأمور الدنيا. لكن لا توجه الأحكام بأن بعضها أخروي وبعضها دنيوي محض، بل أنها ترجع كلها إلى القسم الأوّل إذا تحقق فيها قصد التعبُّد لقوله تعالى: ﴿وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ﴾ (الذريات ٥٦)، وقوله: ﴿قُلْ إِنَّ صَلَاتِي وَنُسُكِي وَمَحْيَايَ وَمَمَاتِي لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ لَا شَرِيكَ لَهُ﴾. «الأنعام».

هـذه الأحكـام المنـصوصة والقواعـد العامّـة وآراء الـصحابة تناولهـا الأئمـة الفقهـاء بالدّراسة، فما كان قطعي الدّلالة اتّفقوا عليه، وما لم يكن كذلك اختلفوا فيه وأخذوا من هـذه الأحكام بما يراه كل واحد منهم يحقق مصلحةً، أو يدفع مفسدةً، فاجتهـد كـل واحـد مـنهم في الاستدلال على مذهبه في المسألة.

ونقل أقوالَ كلٍّ واحدٍ منهم تلامِذَتُهُ في البلاد الإسلاميّة واستمر اتباعها من طرف المسلمين من بعدهم، ثم جمد عليها من جاء بعدهم مما جعل الفقه الإسلاميّ يحتبس – في شأن أحكام الأُسرة وغيرها في حدود المذاهب الأربعة – إلى أن جاء ابن تيمية فكانت له آراء في عدّة مسائل[١] دافع عنها بعده تلميذه ابن القيم، لكنها عند البعض لم تحض بالقبول.

واستمر العمل وفق المذاهب الفقهيّة بعد أن مضت على العالم الإسلاميّ حقبة استسلم فيه إلى الخمول وآمن بضرورة الجمود، فأعرض عن النّظر في الأدلة الشرعيّة واستنباط الأحكام منها، وحلّت أقوال الأئمة الفقهاء مقام الكتاب والسُّنَّة، حتّى أصبح من ينظر فيها محكوماً عليه بالفسق، ومن يتجرأ على الاستدلال بها ينظر إليه باستهجان، وأما من يدعي الاجتهاد ولو في جزئية ما؛ فهو المارق من الدّين السالك سبيل غير المؤمنين، وذلك ما فتح الباب لقلب الأحكام الشرعيّة وإظهار الشريعة الإسلاميّة بمظهر الشريعة التي لا تقبل التطور ولا تصلح لكل العصور[٢]، وكان ذلك لضعف العلم وعدم وجود علماء ذوي أهلية فقهيَّة كما كان في عهد الأئمة فقهاء الأمصار.

ومع بداية القرن الرّابع عشر الهجريّ انتبه لهذا الوضع المؤلم بعض العلماء فدعوا إلى النّظر والاجتهاد في الفقه الإسلاميّ عامّة وفي أحكام الأُسرة خاصة منهم الشّيخ محمّد عبده،

---

(١) سيأتي بيان المسائل الفقهيّة التي خالف فيها ابن تيمية الأئمة الفقهاء نحو الطّلاق الثلاث بلفظ واحد.

(٢) ينظر مقاصد الشريعة ومكارمها للأستاذ علال الفاسي: ١٦٠.

فإن انفتاح باب الدّعوة إلى إعمال العقل في النوازل المستجدة جعله يضع ضوابط لبناء الأُسرة وهدمها، وامتازت دعوته بالتحرر من التقليد المذهبي[١]. وحمل آراءَهُ من بعده تلامذتُهُ، فنادوا كما نادى هو من قبلهم بالعمل بها حتّى صارت أفكاره مرجعاً معتمداً في وضع بعض قوانين الأحوال الشخصيّة[٢] العربيّة.

ثم أثيرت بعض المسائل في هذا الشأن، منها ما ناقشها الفقهاء قديماً فأُمْعِنَ فيها النظر، ومنها ما لم يناقشوها لعدم وجودها في عصرهم، فاجتهد فيها الفقهاء المعاصرون برأيهم. وتختص قوانين الأحوال الشخصيّة بالتطبيق في محاكم المسلمين، وبموازاتها تصدّى العلماء بفتاوى فردية وجماعية في أحكام الأُسرة خرجت في بعضها عن التقليد الجامد، وارتبطت بمقاصد الشريعة وأدلتها، مراعية ظروف العصر على نحو يُبتغى من خلاله حل مشكلات الزّواج.

هذه الاجتهادات الفقهيّة جميعاً كانت موضوع الدّراسة في هذا العمل الذي استقرّ عنوانه على «الاجتهاد الفقهيّ المعاصر في أحكام الأسرة»، اختصّ البحث فيه عن المسائل

---

(١) يدل على هذا قوله في مسألة خالف فيها العمل بمذهب الحنفيّ فإنا نحمد الله على أن في المذاهب الأخرى ذلك فنأخذ به». (ينظر الأعمال الكاملة للشيخ محمّد عبده ج ٢/ ١١٩-١٢٠).

(٢) ذكر الأستاذ علال الفاسيّ أن «الكثير من الفقهاء المعاصرين (اعترفوا) بصعوبة وضع تعريف للأحوال الشخصيّة؛ لأنّها قوانين خاصة». (ينظر كتابه: التقريب شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة: ٦٩).

وأوضح الدكتور محمّد مصطفى شلبي أنها «اصطلاح قانوني جاء نتيجة تقسيم علماء القانون الأحوال المدنية إلى أحوال شخصية، وهي تتعلّق بشخص الإنسان وذاته- كالزوجيّة وتوابعها من الطّلاق والعدة والنّفقة وغيرها كالنسب والميراث (...)، وأحوال عينية، تتعلّق بالعلاقات المالية». (ينظر كتابة: أحكام الأُسرة في الإسلام: ١٢) وأوضح الأستاذ علال الفاسيّ أن مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة «لم تهتم بتعريف الأحوال الشخصيّة مكتفية بما جمعتها في ستة كتب: الزَّواج وما إليه، وانحلال ميثاق الزّواج، والولادة ونتائجها والأهلية والنيابة الشرعيّة والوصية والميراث». (ينظر التقريب شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة: ٩٦).

التي أثيرت في حياة الزّوجين[1]، وهي أحكام الزَّواج وآثاره والطّلاق وآثاره.

وأعني بالاجتهاد في هذا العمل ما كان منه اجتهاداً كلياً، وما كان منه اجتهاداً جزئياً؛ لأن أغلب الفقهاء المعاصرين الذين اعتمدتُّ آراءهم هنا اهتموا بالبحث في أحكام الأُسرة خاصّة، فمنهم من وجدت له أفكاراً فيها حظ من النظر، ومنهم من له كتابة وتأليف فيها، ومنهم من اشتهر بالعلم الشرعيّ وله فتاوى فيها.

وقيدته بالفقهيّ؛ لتأكيد نوعيته فلا ينصرف الذّهن إلى أنواع من الاجتهادات الأخرى. كما قيّدته زماناً بالمعاصر احترازاً به عن اجتهادات الفقهاء القدامى. وتبتدأ هذه الفترة المعاصرة من عصر محمّد عبده الذي شهد عهده بداية التحرُّر والانفلات الفكري عند المسلمين، وبدأت ولا زالت الدّعوة إلى التّجديد يسطع نورها في العالم الإسلاميّ[2]، وبهذا المعنى استعمله الأستاذ الدكتور فاروق حمادة في محاضرته: «الإجماع وموقعه في الاجتهاد المعاصر»[3]، وكذا الدكتور محمّد الروكي في محاضرته: «ولاية التّزويج في الاجتهاد الفقهيّ المعاصر»[4].

ثم بيّنتُ محل الاجتهاد الفقهيّ، وهو أحكام الأُسرة، وهي التي عرفت عند الفقهاء قديماً بفقه المناكحات. وإن استعمال أحكام الأُسرة للدّلالة على هذا المعنى معروف متداول اليوم، وقد دفع للاشتغال بهذا البحث أمور هي:

---

(١) لم يهتم هذا العمل بدراسة الاجتهادات الفقهيّة المعاصرة في أحكام الأُسرة التي تثار بعد وفاة أحد الزّوجين؛ لوجود بحوث اهتمت بها، ومنها بحث أطروحة الدّولة في الوصية، أعدها الدكتور محمّد التاويل، ونوقشت بكلية الآداب والعلوم الإنسانية بفاس في ٢٨ يونيو ١٩٩٩.

(٢) غير خاف أن هذا التحقيب اجتهادي؛ لأن «حدود التحقيبات لا تكاد تستقر سواء على المستوى الحضاري العالمي أو على مستوى تواريخ البلدان أو على مستوى تواريخ الأدوار»، (ينظر مقال: تاريخ المغرب في القرن التّاسع عشر، أفكار في التحقيب) للدكتور أحمد توفيق منشور بمجلة المشروع: عدد ٩/ ١٥.

(٣) تم نشرها ضمن مجموع عنوانه: الاجتهاد الفقهيّ أي دور جديد؟ ٤٧-٥٤.

(٤) تم نشرها ضمن المجموع المذكور: ١٥٣-١٦٢.

١ - الرغبة في أن يتّجه البحث إلى الاشتغال في موضوع يرتبط بالواقع، ويتخذ مادّته من إنتاجات العلماء في زمن محدد لعله يكون أكثر فائدة من البحث في مواضيع عامّة غير محددة؛ لأن البحث فيها والاشتغال بها على الرغم مما يبذل في سبيل إنجازها من جهد؛ فإنّها لا تلمس مشكلاتها ولا تفصل في الحكم على فروعها لاتساعها، ثم لاعتقادي أن هذا المنهج أضمن لبسط فروعه وتحقيقها. وهو ثمرة توجيهات أستاذي فضيلة الدكتور فاروق حمادة الذي ما فتئ يوجّه الباحث والدّارس إلى أن «يتأكد من ارتباط بحثه بالحياة والمكان والإنسان»[1].

٢ - أهمية الأُسرة في المجتمع: تُعدُّ الأُسرة حجر الزاوية في المجتمع البشريّ، يعيش في وسطها الإنسان في جميع مراحل حياته فيؤثر ويتأثر بها. فعندما يرتبط رجلٌ بامرأة برابطة الزَّواج يكون قد أسّس أسرة، فإن كان له أولاد فهو باعتباره أباً وزوجته باعتبارها أماً، يؤثران في تربيتهم وتنشئتهم منذ ولادتهم، وإن تقدَّم بالأبوين العمل ارتبط أبناؤهما مع غيرهم بعلاقات زوجيّة لتكوين أسر لهم أيضاً، وهكذا تكون كل أسرة لبنة من لبنات المجتمع.

من أجل هذا استقرّ الأمر على البحث في أحكامها اعتقاداً مني أنّه «لا يُمكن مواجهة المشكلات الاجتماعيّة التي يُعاني منها المجتمع من دون التصدي لعلاج المشكلات التي تعاني منها الأسرة[2]».

ولئن كان حرص الإسلام كبيراً على التماسك المتين بين أعضاء الأسرة، وعلى أن لا تحصل علاقة بين رجل وامرأة خارج النطاق الشرعيّ، فإن «واقع الأُسرة في هذا العالم ليست في الوضع المرغوب فيه، وتُترجم ذلك عدّة مظاهر سلبيّة لعلّ في مقدمتها: التفكُّك الأسريّ،

---

(١) ينظر منهج البحث في الدراسات الإسلاميّة تأليفاً وتحقيقاً للدكتور فاروق حمادة: ٢٥.

(٢) الأسرة مشكلاتها لمحمود حسن صفحة:ي.

وانعدام التّوازن الماديّ والمعنويّ داخل الأسرة، وكثرة وتزايد نسبة الطّلاق، واستمرار الزَّواج العرفيّ، وظهور بوادر «المساكنة الحرّة» على غِرار ما هو موجود في الغرب، والعزوف عن الزَّواج بالنّسبة للجنسين معاً»[١].

يُضاف إلى هذا الوضع أن الحضارة الغربيّة بقدر ما قدّمت خدمات عظيمة في سبيل تيسير حياة الإنسان، فإنّها كادت تعصف بالمؤسسة وتدمرها بما بدأت تحدثه من نماذج بديلة عن العلاقة المشروعة المعهودة بين البشريّة، وهذا من بين ما كان يهدف إلى تحقيقه الاحتلال الأجنبي للبلدان الإسلاميّة، فإنّه – كما قال الأستاذ علال الفاسي- لم يوجّه هجومه للجانب التعبديّ من الإسلام، بل إلى جانب التّشريع المعمول به في المعاملات والعقوبات[٢].

٣ - كثرة الآراء في أحكام الأُسرة وتنوعها، فمنها آراء اجتهاديّة منضبطة لشروط الاجتهاد الفقهيّ تسعى إلى حل المشاكل الاجتماعيّة بما يحقق مصلحة الزّوجين وأبنائهما على ضوء الأصول الشرعيّة، ومنها آراء نطق بها الرويبضة[٣]، اجتمعت على الطعن في قوانين الأحوال الشخصيّة وخصوصاً مسألة ولاية التّزويج والطّلاق وتعدد الزّوجات والإرث، فبدأت، تُوهم بأن هناك حرباً قائمة بين الرّجل والمرأة، وانطلقت تستعدي على ما يملكه الرّجل من حقوق شرعيّة مستندة في ذلك على مواثيق دولية، من غير اكتراث لمعارضتها في بعض الأحكام القطعيّة المنصوصة في الشرع.

(١) وجهة نظر للدكتور أحمد الخمليشي: ٢٣٩-٢٤٠.

(٢) دفاع عن الشريعة للأستاذ علال الفاسي: ٧١.

(٣) ورد معنى هذا اللفظ في حديث أبي هريرة أن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال: «سيأتي على الناس، سنوات خداعات، يصدق فيها الكاذب ويكذب فيها الصادق، ويؤتمن فيها الخائن ويخون فيها الأمين، وينطق فيها الرويبضة، قيل: وما الرويبضة يا رسول الله؟ قال: الرّجل التافه في أمر العامة». وفي رواية: «قيل وما الرويبضة؟ قال: السفيه يتكلم في أمر العامة». (ينظر سنن ابن ماجه: كتاب الفتن، رقم الحديث ٤٠٣٦، والمسند للإمام أحمد: رقم الحديث ٧٨٥٢).

«ولعل أخطر هذه المحاولات تلك التي تَذَرَّعت مؤخراً بفتح باب الاجتهاد في الفقه الإسلاميّ، فقد سلك أصحابه أسلوب الادِّعاء بالعمل بالشريعة، فكانت حليتهم أنكى وأفظع؛ لأنّها تعطل العمل بالشريعة باسم العمل بالشريعة»[١]. وانتقلت هذه الأفكار إلى المغرب على يد جمعيات نسوية توجت بتقديمها في مشروع[٢] أعد تحت إشراف كتابة الدّولة المكلّفة بالرعاية الاجتماعيّة والأسرة والطفولة، بدعم مالي أجنبي[٣]، وقع تحت إغرائه رويبضات استغلوا ما تعاني منه المرأة المغربيّة من مشاكل ليطعنوا في نصوص شرعيّة قطعيّة تحت غطاء إدماج المرأة في التنمية. فكان هذا البحث من أجل التمييز بين الآراء، ليظهر ما ينبني منها على دليل شرعيّ من نصوص أو قواعد أصوليّة أو فقهيّة، ويكشف ثم يذر ما كان قائماً منها على الهوى.

إنَّ هذه الاجتهادات المعتمدة ليست هي اجتهادات فردٍ واحدٍ أو أفرادٍ في سنة واحدة أو بلد واحد، بل هي اجتهادات أفراد وهيئات في بلدان مختلفة في العالم الإسلاميّ بدأت الدّعوة إليها مع بداية القرن الرّابع عشر الهجريّ، ولا تزال الدّعوة إليها مستمرة ليعمَّ العمل بها جميع محاكم المسلمين.

---

(١) ينظر كتاب أبغض الحلال للدكتور نور الدّين عتر: ٤.

(٢) هو الذي أطلق عليه زوراً اسم مشروع خطة العمل الوطنية لإدماج المرأة في التنمية، وضع في مارس ١٩٩٩.

(٣) جاء في تقديم هذا المشروع التّصريح بأنّه أعد بمساهمة من البنك الدولي. وليس هناك ما يمنع شرعاً من التعاون في الخير بين الأمم والشعوب، ولكن المتأمل اليوم في علاقة المؤسسات الماليّة العالمية وعلى رأسها البنك الدولي مع الدول المدينة يجدها علاقة تفرض التبعية لهذه المؤسسات. ولقد تحول اهتمام البنك الدولي إلى المؤسسات غير الحكومية ليضع منها مؤسسات للضغط على الحكومات من أجل فرض توجهاته العالمية فيما يخص قضايا المرأة والنسل والتعليم، وفي هذا السياق جاء ما سمي بمشروع الخطة الوطنية لإدماج المرأة في التنمية.

بهذه الدّوافع حصلت لي الرغبة في الاشتغال بهذا الموضوع الذي اكتسى جدته من ملامسته للواقع من أقرب عناصره وهو الأسرة، فكانت الانطلاقة باسم الله بعد أن أحاطني أستاذي المشرف فضيلة الدكتور فاروق حمادة بتشجيعاته لخوض غماره، فسلكت في سبيل إنجازه المنهج الآتي:

١ - الوقوف على معنى الاجتهاد الفقهيّ وتحديد الحقبة التي يصدق وصفها بالمعاصرة من أجل انطلاقة سليمة في البحث.

٢ - إحصاء الفقهاء المجتهدين المعاصرين وهم الشّيوخ الآتية أسماؤهم[1]: محمّد عبده المتوفى سنة ١٩٠٥، ومحمّد المهدي الوزرانيّ المتوفى سنة ١٩٢٣، ومحمّد بخيت المطيعي المتوفى سنة ١٩٣٥، ومحمّد حسنين مخلوف المتوفى سنة ١٩٣٦، وأبو الشتاء الصنهاجيّ المتوفى سنة ١٩٤٢، وأحمد مصطفى المراغي المتوفى سنة ١٩٥٢، ومحمّد عبد الوهاب خلاف المتوفى سنة ١٩٥٦، ومحمّد شلتوت المتوفى سنة ١٩٦٣، ومحمّد المختار السوسي المتوفى سنة ١٩٦٣، ومصطفى السباعي المتوفى سنة ١٩٦٧، وعلي حسب الله سنة ١٩٦٨ ومحمّد الطّاهر ابن عاشور المتوفى سنة ١٩٧٣ وعلال الفاسيّ المتوفى سنة ١٩٧٤، ومحمّد أبو زهرة المتوفى سنة ١٩٧٤، وعبد الله كنون المتوفى سنة ١٩٩٥، وعبد الله بن الصّديق المتوفى في ١٣ شعبان ١٤١٣هـ الموافق سنة ١٩٩٣ وعبد الله بن زيد آل محمّد المتوفى سنة ١٩٩٨، وعبد العزيز بن باز المتوفى سنة ١٩٩٩ رحمهم الله جميعاً والشّيخ الدكتور يوسف القرضاوي حفظه الله، وقد كان اختيارهم لأن لهم اجتهادات فقهيّة صدرت عنهم في موضوع هذا البحث.

(١) ذكر الحجوي الثعالبي في كتابه الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلاميّ، جماعة من العلماء المغاربة المجتهدين في هذا العصر، ولم أذكرهم في هذا البحث جميعهم؛ لأن آراءهم وفتاواهم غير متوفرة، وما حصلت عليه منها هو في غير أحكام الأسرة، كما أورد الدكتور يوسف القرضاوي جماعة منهم بالمشرق في كتابه الاجتهاد في الشريعة الإسلاميّة. وقد اعتمدت أقوال من كانت له مشاركة في أحكام الأسرة.

٣ - جمع المسائل الفقهيّة التي أثيرت في هذا العصر، وكذا التي ناقشها الفقهاء قديماً وجد فيها النظر. وقد اقتضت هذه الخطوة تتبع كل مسألة في أغلب قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة ومذكراتها التوضيحيّة وشروحها، من أجل الوقوف على ما استندت إليه من أدلَّةٍ، وتتبعها عند الفقهاء المعاصرين في كتبهم ومقالاتهم وفتاوى بعضهم، ثم في قرارات الهيئات العلميّة في العالم العربيّ.

٤ - تتبع ودراسة المسائل التي ناقشها الفقهاء قديماً على اختلاف مذاهبهم[١]. والتي لا يزال النَّاس يأخذون فيها بمذهب فقهيّ معين، وهذه الخطوة تطلَّبتْ مني - بالإضافة إلى قراءة مصنفات الفقهاء قديماً - تتبع ما مال إليه الفقهاء المعاصرون منها.

وتبعاً لهذه الخطوات تم تقسيم البحث على مقدمة وبابين وخاتمة، وكل باب يتفرّع إلى فصول ومباحث، فاستقر محتواه على ما يلي:

- المقدمة: حددتُ فيها موضوع البحث، وأوضحت الخطوات التي سلكتها في إنجازه.

- الباب الأوّل: خصصته للاجتهاد الانتقائيّ[٢] في أحكام الأسرة، وبدأت به؛ لأنه الغالب في هذا العصر، وهو في أربعة فصول:

---

(١) إضافةً إلى مصنفات أصحاب المذاهب الفقهيّة المعروفة عند أهل السُّنَّة، اعتمدت المصنفات الفقهيّة عند الشيعة، فأثبتت من آرائهم ما كان منها مخالفاً لمذهب أكثر فقهاء أهل السُّنَّة موافقاً لرأي بعض منهم نظراً لترجيح رأيهم في المسألة، وقد حصل هذا في مبحث ما تشمله نفقة الزوجة ومبحث مَنْ يلي الحضانة بعد الأم.

(٢) هذه التسمية اقتبستها من كتاب الشّيخ الدكتور يوسف القرضاوي: «الاجتهاد في الشريعة الإسلاميّة: ١١٤-١٢٦ ومن أحد حواراته في مجلة الأمة القطرية عدد (٤٥) بيَّن فيها نوع الاجتهاد الذي يُحتاج إليه في هذا العصر وأنه نوعان: اجتهاد انتقائي وآخر إنشائي. ويعني بالاجتهاد الانتقائيّ اختيار أحد الآراء الفقهيّة في تراثنا الفقهيّ العريض للفتوى أو القضاء به ترجيحاً له على غيره من الآراء والأقوال الأخرى». (ينظر الاجتهاد في الشريعة: ١١٥). وهذه عملية ليس طريقها مجرد اختيار رأي في المسألة وإنّما طريقها «أن نوازن بين الأقوال»، ونراجع ما استندت إليه من أدلّة نصية أو اجتهاديّة لنختار في النهاية ما نراه أقوى حجة وأرجح دليلاً وفق معايير الترجيح» (ينظر الاجتهاد في الشريعة الإسلاميّة: ١١٥). =

- **أحدها:** تحدّثت فيه عن مسائل تهم الزّوجين وعقد الزّواج، ذلك أن الشريعة الإسلاميّة عنيت ببيان أصناف المحرّمات من النّساء من أجل أن يكون الزَّواج محققاً لمقاصده، فلا يتزوج الرّجل من أي امرأة شاء، فكانت هناك نساء يحرم الزَّواج بهن حرمة مؤبدة نحو الأخوات من الرّضاعة.

ولّما كان أهل الكتاب أقرب النَّاس إلى المسلمين من غيرهم لإيمانهم بالله، أباح الله الزَّواج بالمحصنات من نسائهم. ولئن كان الفقهاء قديماً قد صرحوا بإباحة هذا الزَّواج إلا قليل منهم، فإن الفقهاء المعاصرين ساروا على تقييد هذه الإباحة بعده قيود.

واختلف الفقهاء قديماً في مسألة الشروط المقترنة بعقد النّكاح، واختارت غالبية قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة التّوسع فيها كما في مذهب الإمام أحمد على اعتبار أنّه في هذا العصر «ازدادت (...) حاجة النَّاس إلى المشارطات في عقد الزّواج وكثرة الحوادث التي يسيء فيها أحد الزوجين معاملة الآخر حتى صار ذلك حافزاً على التفكير في أن يحمي كل منهما نفسه ومصالحه بشروط يشترطها في عقد الزواج»[1].

وختمته بمسألة ترتبط بصفة زواج المرأة، حاولت أن أجيب فيها عن السّؤال هل يملك وليها إجبارها على النّكاح أم لا؟ فتباينت آراء الفقهاء فيها، وكانت التغييرات الاجتماعيّة عاملاً مؤثّراً في ترجيح واحد منها.

- **الفصل الثّاني:** تحدّثت فيه عن مسائل تتعلّق بالحقوق الزوجيّة وهي مسائل لا تزال تتجاذبها الآراء لما يطرأ عليها من تغيير.

= وأما الاجتهاد الإنشائيّ فيعني به «استنباط حكم جديد في مسألة من المسائل، لم يقل به أحد من السابقين سواء أكانت المسائل قديمة أم جديدة. (ينظر الاجتهاد في الشريعة الإسلاميّة: ١٢٦). وغير خاف أن وصف هذا النوع من الاجتهاد بأنّه إنشائي متداول معروف عند علماء الأصول في مباحث السُّنَّة إذ يذكرون أن منها سنة منشئة.

(١) ينظر المجلة العربيّة للفقه والقضاء: عدد ٢/ ٥٦.

فممّا ورد التّصريح به عند الأئمة فقهاء الأمصار في مسألة النّفقة الزوجيّة حق للمرأة على زوجها، أن الذي يجب لها عليه طعامها ومسكنها ولباسها. وقليل منهم وهم الزيديّة أضافوا إلى هذه الأمور تطبيبها، إذ جعلوه حقاً من حقوقها عليه. ومعلوم أن الله تعالى كما حدَّ حدوداً في أحكام الأُسرة ونهى عن تعديها للدّلالة على جانب الاستقرار فيها، فإنّه سبحانه علق كثيراً من أحكامها ومنها النّفقة الزوجيّة على المعروف للدّلالة على جانب التغير فيها.

وناقش الفقهاء مسألة حكم عمل المرأة في بيت زوجها، ولا تزال هذه المسألة تُثار اليوم ليس من جهة الاحتكام إلى الشّرع فيها، وإنّما من جهة اعتبار ذلك إهانة للمرأة، فكانت الدّعوة إلى بناءِ أسرةٍ «ديمقراطيّة» تتساوى فيها حقوق الزّوجين.

ولمّا كان إعسار الزّوج بنفقة زوجته أمراً يُمكن حصوله لعدّة أمور، وكان حقاً للزوجة أن تطالبه بها بمقتضى الزوجيّة، اختلف الفقهاء في الحكم فيها إمّا لمراعاة بعضهم جانب حق المرأة، وإما لنظر آخرين إلى جانب الإبقاء على العلاقة الزوجيّة فلم يرون مسوغاً أن تنتهي لأمر قد يكون طارئاً، وأمّا نظرةُ بعضهم إلى جانب عقد الزَّواج وأنّه عقد مكارمة لا عقد مشاحنة ومساومة فرأوا أن تنفق الزوجة الميسورة على زوجها.

- **والفصل الثّالث**: خصصته لبيان حكم بعض صيغ الطّلاق، فمنها ما لم يظهر استعماله في العهد الأوّل وظهر بعده، ومنها ما كان مستعملاً وقتئذ، واختلف الفقهاء في حكمها. وإنَّ مما أحدثه النَّاس في هذا الباب حينما انفلت ارتباطهم بما جاء به الشّرع في الإيمان أن تجد الرّجل في تجارة أو لهو بعيداً عن زوجته يحلف على أمر إن لم يكن كما يقول فامرأته طالق وهي لا تعلم به، ولا هو يواجهها به، وتجد آخر يحرم زوجته على نفسه أو يُعلّق طلاقها على أمر، وهو لا يقصد طلاقها، وهذه مسائل لا يزال النَّاس يمارسونها.

وممّا لا يزال استعماله منها أيضاً، أن يواجه الرّجل امرأته بالطّلاق الثلاث، وهي مسألة تنازع فيها الفقهاء قديماً، حتى إن المرء ليصعب عليه انتقاء رأي من آرائهم، في المسألة لابتعاد

ظاهر ما يتلفظ به الزّوج من هذه الألفاظ عن قصده من استعمالها، ومن رحمة الله بعباده أن اعتبر مقاصد المكلفين، وورد في السُّنَّة تطبيقه.

- **والفصل الرّابع**: تحدّثت فيه عن حكم الطّلاق في فترة حيض المرأة وفي عدتها وحكم الإشهاد على الطّلاق وعمن يستحق حضانة الأبناء إذا انعدمت الأم.

فمما هو معلوم أن المرأة تخضع من غير إرادتها لفترة حيض مرة في الشهر. فيتغير فيها خاطرها ويغيب فيها ما يؤلف منها مكرهة غير مخيرة، ولربما كان هذا سبباً في طلاقها. وقد حصل هذا في عهد رسول الله صلّى الله عليه وسلّم فطلق عبد الله بن عمر امرأته وهي حائض فأمره رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أن يراجعها، وأوضح له صورة الطّلاق المسنون، وقد وصف الفقهاء الطّلاق الذي يوقعه الرّجل في فترة حيض زوجته بأنَّه يقع على غير الصورة المأذون بها شرعاً لإيقاعه لكنهم اختلفوا في احتسابه.

ومما شرعه الله للمطلقة أن تعتدَّ مدّةً معينةً، إذا راجعها زوجها أثناءها عادت إليه ونقص ما يملكه من طلاقها. فإن كان طلقها مرتين ثم راجعها فيهما فإنّه لا يبقى يملك إلا طلقة واحدة إذا أوقعها حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره. لكن هل يعتبر من هذه الطلقات ما يوقعه الزّوج في فترة عدّة زوجته؟

إنَّ الله تعالى جعل حسم بعض الأمور سد لذريعة النزاع بين النَّاس بأمره بالإشهاد على أعمالهم وما يقومون به، وهذا منصوص عليه في باب المعاملات المالية، وأيضاً في آيات الطّلاق؛ لكن من الفقهاء من حمل الأمر بالإشهاد على المفارقة، ومنهم من أوجبه في المراجعة ومنهم من حملة عليهما معاً.

ومن المقرَّر شرعاً أنَّ المرأة عند انفصام العلاقة الزوجيّة تستحقُّ حضانة أبنائِها، فهو حقها بقضاء رسول الله صلّى الله عليه وسلّم ما لم تتزوج، لكن اختلف الفقهاء فيمن يستحق الحضانة بعدها، وهذه المسألة رأى فيها البعض اعتبار تغير الأحوال فيها فرأوا أن للأب أن يأخذ أبناءه إذا انعدمت الأم.

وسلكت في عرض مادة هذا الباب المنهج الآتي:

١ - بدأت بعد تحديد المسألة بعرض آراء وأدلّة الفقهاء فيها، فأذكر مع كل قول حجج أصاحبه فيها، مراعياً في عرض الأقوال الترتيب الزمني، فقدمت رأي المذهب الحنفيّ ثم من جاء بعد الإمام أبي حنيفة، ولم أكتف بإطلاق نسبة قول إلى أحد المذاهب حتّى أثبت صحة وروده فيها مصادره. وقد استنتجت من اعتماد هذه الطريقة أن كثيراً ممن كتبوا في أحكام الأُسرة ينسبون أقوالاً إلى بعض المذاهب من غير تثبتٍ من صحة نسبتها إليها. وقد يكون لأحد الأئمة قولان أو ثلاثة أقوال في المسألة لكن لا ينتبهون ولا ينبهون عليها.

وذكرت مع كل قول من أقوال الأئمة الفقهاء قديماً في المسألة من اختار العمل به من الفقهاء المعاصرين مُقدِّماً قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة باعتبارها إنتاجاً جماعياً، واعتمدت في إثبات صحة أخذ هذه القوانين بأحد أقوال الفقهاء قديماً على مذكراتها الإيضاحية، ثم أتبعتها بعرض أقوال الفقهاء المعاصرين التي تدل على هذا، موثقة من كتبهم مرتبة ترتيباً زمنياً، فأقدم القانون المتقدم في صدوره على الذي تلاه، وقول من تقدمت وفاته من الفقهاء المعاصرين على قول من مات بعده، واقتصرت في عرض كل نصٍّ على محل الشّاهد منه، وما حذفته منه وضعت للدّلالة على حذفه نقطاً جعلتها بين معقوفتين. واضطررتُ أحياناً لزيادة بعض ما تعود عليه الضمائر في بعض النصوص، وأيضاً بعض أدوات الربط معقوفتين من أجل أن يتناسق مضمون النَّص مع ما سبقه من الكلام، وكذا من أجل وضوح المعنى.

وفيما يخصُّ الأدلة التي ذكرتها من حجج الفقهاء جميعهم، لا أورد منها إلا التي وقفت عليها في كتبهم، وامتنعت من نقلها بالواسطة حتّى أتأكد من استدلالهم بها. فإذا حصل هذا أوضح وجه الدّلالة منها.

٢ - ناقشت أدلّة الفقهاء في المسألة من خلال ما يجيب به كل فريق على أدلّة الفريق الآخر، فما كان منها جواباً لا يدعمه الاستعمال اللغوي والاستدلال، تدخلت لبيان ضعفه،

وما ظهر لي أنّه جواب قوي تدخلت لتأييده، وفي الغالب أرجئ ما أتدخل به في المسألة إلى حين الترجيح.

وربما غاب مطلب مناقشة الأدلة في بعض المباحث لعدم ورود الأدلة المباشرة فيها، فاعتمد أصحابها التأويل والرأي كما في مبحث الحلف بالطّلاق والحرام.

٣ - ذكرت سبب اختلاف الفقهاء في كل مسألة.

٤ - ختمت كل مبحث ببيان القول الذي ترجح لديَّ بعد التأمل في الأدلة التي احتجّ بها كل فريق والموازنة بينها، فلم تكن هذه الخطوة مجرد انتقاء بسيط لرأي في مسألة تنازع فيها الفقهاء، وإنّما كان انتقاء مبنياً في غالبه على قواعد علميّة معتمدة في الترجيح عند العلماء.

لقد كان ينطلق ترجيحي قولاً من هذه الأقوال - وهي مبنية كلّها على الشّرع - من رغبة في استقامة الأُسرة المسلمة، فاخترت من تراثنا الفقهيّ الضخم ما ظهر لي قربه من الكتاب والسُّنَّة وأنه أرفق بالزّوجين وأبنائهما.

- **والباب الثّاني**: خصصته للاجتهاد الإنشائيّ في أحكام الأسرة، وهو في ثلاثة فصول:

- **أحدها**: تحدّثت فيه عن مسائل تتعلّق بالزّوجين وعقد الزّواج. ويتقدم ما ناقشه الفقهاء المعاصرون هنا مسألة مطالبة أحد الخطيبين بتعويض عن ضرر العدول عن الخطبة، سواء أكانَ الضرر مادياً أم معنوياً. وهي نازلة ظهرت في هذا العصر واختلف الفقهاء المعاصرون في حكمها، كل واحد منهم بني قوله على قواعد فقهيّة.

ولّما كان محرماً في الشّرع أن تتزوج مسلمة بغير المسلم حتّى يدخل في الإسلام، وجد من غير المسلمين من يتحايلون في هذا الأمر، فيظهرون دخولهم فيه لينكحوا المسلمات، حتّى إذا تأتّى لهم ذلك، لا يرى من سلوكهم ومعاملاتهم إلا ما كان مخالفاً للشرع، فكان الاحتياط في هذا الأمر حفظاً لأعراض المسلمين.

ولم يبق أمر الزَّواج مرتبطاً برغبة الزّوجين أو أولياء التزويج، بحيث إذا اتّفقوا على زواج أحد بامرأة صح، وإنّما صار يشترط في الزّوجين بلوغ أهلية النّكاح، وهي محددة بسن اختلفت قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة في تقديرها. وأياً كانت الدّوافع إلى تقنين هذا الإجراء؛ فإن مناقشته انصبت على جعله حكماً مقطوعاً به لا يحكم بصحة نكاح وقع على خلافه، وإنَّ إجراءً وُضِعَ لضبط أمرٍ من أجل أن يعمل النَّاس به دفعاً لمفسدة، ربما يفضي التشدد في تطبيقه إلى خلاف ما سبق من أجله.

وخلافاً لما كان عليه السلف من تيسير الزَّواج؛ أصبح يشترط أحياناً هنا وهناك أن يكون الصداق مرتفعاً، حتّى غدا الصَّدَاقُ بالنّسبة لمن يرغبون في الزَّواج أشد عقبة تواجههم. وفي الشّرع أن الزَّواج الذي حض رسول الله صلّى الله عليه وسلّم على تيسيره، لا ينبغي أن يسقط بما وضعه النَّاس لتعسيره.

وإنه لما صارت الدّعوة إلى تحرير المرأة شعار هذا العصر؛ أصبح ينظر إلى مشاركة وليها في زواجها على أنّه فيه تقييداً لحريتها وحكماً عليها بالقصور؛ فنصت بعض قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة على إلغاء ولاية التزويج، وهذه بدعة من القول لم يقل بها أحد من الفقهاء قديماً، وأنهم وإن اختلفوا في هذه المسألة، فصحح الحنفيّة تزويج المرأة نفسها بنفسها، فإنهم قيدوه بأن كون الزّوج كفؤاً لها والمهر مهر مثلها وإلا تدخل وليها لفسخه، ففكرة ولاية التّزويج حاضرة عندهم ولم يقل أحد منهم بإلغائها. ولقد احتاج الأمر إلى توضيح الغاية من العمل بولاية التّزويج وما تجلبه من خير للمرأة نفسها وما تدفعه عنها من ضرر.

وسداً لذريعة المنازعات بين الزّوجين، وسعياً لضمان حقوق كل واحد منهما؛ نصت أغلب قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة على توثيق عقد الزّواج. وهو إجراء لم يكن معمولاً به من قبل، فحصل أن الزوجة إذا طالبت بصداقها مثلاً لأن زوجها لم يعجله لها؛ أو لأنه دفع لها بعضه وعاهدها على دفع ما بقي منه مؤجلاً؛ يأتي زوجها فينكر دعواها فلا تجد بم تثبتها. وفي حالة أخرى تنكر هي أن يكون زوجها طلقها أو تَدّعي أنّه راجعها من أجل أن ترثه إذا

توفي، فلا يجد ورثته الآخرون بم يثبتون عدم استحقاقها الإرث، فدعاوى الإثبات والإنكار كانت تقع من الطرفين؛ فثبت أن توثيق عقد الزَّواج يحقق عدّة مصالح معتبرة في الشّرع ويدفع عدّة مفاسد.

- **والفصل الثّاني**: تحدَّثتُ فيه عن مسائل تتعلّق بالزّوجين أثناء حياتها الزوجيّة:

فمن المعلوم أن عقد الزَّواج تنشأ بموجبه حقوق لأحد الزّوجين على الأخر، منها حق الزّوجة في النّفقة. ولئن اختلف الفقهاء قديماً فيما تجب من أجله، فإنهم اتّفقوا على أن نشوز المرأة موجب لسقوطها، ومن صورة أن تخرج من بيت زوجها لغير أمر اضطراري بغير إذنه. إذ لم يكن مألوفاً أن تخرج المرأة لعمل غير الذي يقوم به زوجها لتعينه عليه. وأما اليوم فقد صار واقعاً أن تعمل المرأة خارج بيتها أعمالاً مختلفة. وإذا كانت بعض قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة جعلت موجباً لسقوط نفقة الزوجة خروجها للعمل من غير إذن زوجها، وعدتها ناشزاً من أجل ذلك؛ فإن بعضها الآخر لم يعدُّها كذلك باعتبار أن عملها حق من حقوقها.

ولّما كان الوفاء بما التزم به الزوجان من الشروط حين العقد أمراً مطلوباً شرعاً؛ فإن استمرار العمل بها ربما يصير في حق بعض من التزمه مرهقاً، فهل من سبيل إلى رفع هذا الحرج أم أن الالتزام بالشرط لا يخضع لتغير الأحوال والظروف؟ وهذه المسألة لم تتناولها قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة فبحثت في السُّنَّة النبوية عمّا يقاس عليه في أخذ حكمها.

ومما أحدثه النَّاس منذ بداية القرن الرّابع عشر الهجريّ أن دعوا إلى تقييد تعدد الزوجات، وكان الشّيخ محمّد عبده أول من دعا إلى هذه الفكرة في المشرق، وحملها من جاء بعده من تلامذته ومن تأثروا بها، فكان من نتائجها أنّه صار معمولاً بها في بعض قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة، وبنى دعوته على أن التعدد ورد مقيداً في النّصوص الشرعيّة بقيود تنعدم في الواقع، وحصر الرخصة في ممارسته في حالة عقم الزوجة وحاجة الزّوج إلى أن يكون له أولاد.

- وفي المغرب برزت دعوة الأستاذ علال الفاسيّ إلى منع العمل بتعدد الزوجات، فحمل شرط العدل في قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُواْ ﴾[1] على أن المراد به العدل العام في المجتمع الذي ينبغي أن يقام في معاملة النّساء كلّهن المتزوجات وغيرهن.

ولم تبق الدّعوة إلى منعه مجرد أفكار للنقاش؛ ولكن حدث تقنينها في مجلة الأحوال الشخصيّة التونسية، فابتدعت في منعه بأن جعلت ممارسته جريمة يعاقب عليها القانون، ولا تزال نداءات ترفع هنا وهناك من أجل تعميم العمل بمنعه في كافة البلدان الإسلاميّة.

- **والفصل الثّالث**: خصصته لاختلاف الزّوجين حول الفقه ومسائل الطّلاق:

فإذا كان قد تقرّر أن النّفقة حق للزوجة على زوجها؛ فإنّه يحدث أن تلتجئ المرأة إلى بيت أبيها بسبب خلاف نشأ بينها وبين زوجها، فيتوقف زوجها عن الإنفاق عليها حتّى ترجع إلى بيتها وتمنع هي من ذلك، حتّى إذا مضت مدّة زمنية على هذه الحال، رفعت دعوى النّفقة عن تلك المدّة كلّها. وقد حدث أن من النّساء من يمكثن مدّة طويلة في بيوت آبائهن ساكتات عن النّفقة ثم يطالبن بها فيقع أزواجهن في حرج، وهذه المسألة ناقشها الفقهاء قديماً فمنهم من رأى استحقاق الزوجة النّفقة عن تلك المدّة كلها من يوم امتناع زوجها عن الإنفاق عليها، ومنهم من رأى استحقاقها من يوم يحكم القاضي لها بها.

ولم تأخذ قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة بأحد الرأيين، بل جد نظرها فيها فقضت باستحقاق الزوجة النّفقة عن مدّةٍ قدَّرَتْها، وهي دون المدّة التي امتنع فيها زوجها عن الإنفاق عليها.

وبناءً على دعوى الحد من فوضى الطّلاق، ارتفع نداء الشّيخ محمّد عبده بتقييده، فحكم ببطلانه إلا إذا وقع أمام القاضي. وحمل فكرته في بداية القرن الرّابع عشر الهجريّ عدّة مجموعات نسوية ومؤسسات، اجتمعت على الدّعوة إلى تقنينها وفرض العمل بها، لكنها

---

(١) سورة النساء، الآية ٣.

ووجهت آنئذ بمعارضة شديدة سفهتها، حتّى إذا أطل النّصف الثّاني من هذا القرن أطلت معه بعض قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة فنصت على تقنين الفكرة والتشدد في تطبيقها، وبقي الأمر محدوداً فيها، ثم وجد أنصار هذه الفكرة في المغرب فرأوا في إبقاء الطّلاق في يد الأزواج كما هو معمول به في مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة احتقار للمرأة وتهديداً لها، وعبثاً سعى بعضهم إلى التأصيل لهذه الفكرة بأدلة شرعيّة.

وترتبط بهذه المسألة مسالة أخرى نادى بها البعض، وهي فكرة فرض تعويض للمطلقة طلاقاً تعسفياً. فقررته بعض قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة بناءً على قواعد عامّة في الشريعة الإسلاميّة.

- وسلكت في عرض مادة هذا الباب المنهج الآتي:

- بدأت بعد تحديد المسألة بإثباتها بالنصوص الدالة عليها، وهي إما نصوص من قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة أو أقوال بعض الفقهاء المعاصرين، وراعيت في تقديم بعضها على بعض الترتيب الزمني.

- ذكرت ما بنى عليه أصحاب كل قول قولهم في كل مسألة.

- ناقشت بعض الآراء الاجتهاديّة من حيث أصلها، فكشفتُ عمّا يمكن أن يؤول إليه الأمر عند تطبيقها من مصلحة أو مفسدة، وأتبعت عرض كل مسألة بمناقشة ما تقوم عليه من أدلة.

- خلصت إلى بيان رأيي في مجموع هذه المسائل، وهو يتوزع بين التأييد والمخالفة معتمداً على الأحكام المنصوصة متى وجدت، وكان يحكمه الحرص على مصلحة الأُسرة واستقرارها بما لا يخالف الشرع، معللاً الأحكام المتوصل إليها بالمصالح المعتبرة في الشرع. فثبت أن هذه الأبحاث- كما قال الشّيخ أحمد محمّد شاكر- «ليست من أبحاث الفقهاء الجامدين المقلدين، ولا هي من أبحاث المترددين الذين يبدو لهم الحق ثم يخشون الجهر به،

ولا هي من أبحاث المجردين الهدامين الذين لا يفهمون الإسلام ولا يريدون إلا تجريد الأمم الإسلاميّة من دينهم، ومن الثبات عليه ونصره، ولا هي من أبحاث المجددين العصريين الذين تتبخر المعاني والنظريات في رؤوسهم ثم تنزو[١] بها عقولهم فهم يطيرون بها فرحاً ويظنون أن الإسلام هو ما يبدو لعقولهم، ويوافق أهواءهم، وأنه دين التسامح فيتسامحون في كل شئ من أصوله وفروعه وقواعده. كلا إنها أبحاث عملية حرة[٢] على نهج أبحاث المجددين الصادقين من السلف الصالح رضوان الله عليهم، الذين كانوا يصدعون بالحق ولا يخافون لومة لائم وكانوا يخشون ربهم ولا يخشون أحد إلا الله»[٣].

- الخاتمة: ذكرت فيها خلاصة ونتائج هذا البحث:

- مصادر البحث:

على خلاف ما يمكن أن يظهر من عنوان البحث «الاجتهاد الفقهيّ المعاصر في أحكام الأسرة»؛ فإن مصادره ليست فقط كتب الفقهاء المعاصرين، بل تنوعت وتوزعت بين مصادر الفقهاء القدامى والمعاصرين، وتتنوع المصادر المعاصرة إلى عدّة أصناف؛ فمنها قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة ومذكراتها الإيضاحية، ومنها كتب تدريسية اختصت بأحكام الأُسرة في الفقه الإسلاميّ، ومنها فتاوى بعض الفقهاء المعاصرين وبعض الهيئات العلميّة في العالم الإسلاميّ.

وكان الحرص على الوقوف على هذه القوانين جميعها شديد لمعرفة ما اتفقت عليه وما اختلفت فيه، وما اختلفت فيه من حكم على أي شئ تم بناؤه، وقد تم تتبع كل هذا بعد أن يسر الله توفير معظم هذه القوانين وشروحها.

---

(١) تنزو: أي تثب بها عقولهم فرحاً.

(٢) مما يدل على هذا اقتراحه لحل مشكلة الطّلاق مثلاً «إتباع الكتاب والسُّنَّة والاقتداء بهما والاهتداء بهديهما، ونبذ التقليد والعصبية للمذاهب والآراء. وفي هذه السبيل السعادة والفلاح». (ينظر كتابه: نظام الطّلاق في الإسلام: ١٠).

(٣) ينظر نظام الطّلاق في الإسلام للشيخ أحمد محمّد شاكر: ٣-٤.

ومما استنتجته من هذا التقصّي، أن كل قانون من هذه القوانين يتقيد في الجملة بالمذهب الفقهيّ المعمول به في كل بلد، إلا في بعض الأحكام حيث توسعت وأخذت ببعض الآراء في المذاهب الأخرى. ومنها ما شذ فخرج ليس فقط عن المذاهب الفقهيّة وإنّما عن الأحكام المنصوصة في القرآن الكريم.

وبعد: فقد أنهيت هذا العمل بعد طول السفر بين الأسفار، فكانت البداية وحشة واغتراباً؛ لأنني خرجت عن متابعة البحث في علم الحديث الذي اشتغلت به لنيل شهادة دبلوم الدراسات العليا في موضوع «حركة النقد الحديثي في البصرة خلال القرن الثّاني الهجريّ» ودخلت في مسائل الفقه الإسلاميّ من باب المناكحات. ومما كسر تلك الغربة وبدد تلك الوحشة أني ارتبطت بتدريس هذه المادّة لطلبة شعبة الدراسات الإسلاميّة بكلية الآداب بمراكش منذ سنة عشرة وأربعمائة وألف للهجرة والموافق لسنة تسعين وتسعمائة وألف، فكان الارتباط بها ارتباطاً كلياً من جهة الدرس والتدريس.

وأيضاً ساعدني على ذلك صحبة أستاذي الكريم فضيلة الدكتور فاروق حمادة، الذي تكرم بقبوله الإشراف على هذا البحث، وحرص على أن يكون عملاً جاداً، فتتبع خطواته حتّى استوى على ساقه ليس فقط بإثارة مسائلة بيني وبينه، ولكن أيضاً بما تفضل به من اقتراح تقديم بعض مباحثه في بعض دورات دائرة الرباط العلميّة التي أسسها فضيلته ويشرف عليها. وهكذا قدّمت بين يد أعضائها أربعة مباحث منه؛ اثنان من الباب الأوّل والآخرين من الباب الثّاني، فتناولوها بالتعقيب والمناقشة في أربع دورات متفرقة، وكانت كل جلسة يختمها فضيلته بتسطير المنهج الذي ينبغي أن يتبع في هذا العمل، وكل هذا صدقة تصدق بها علي. وقد أخرج أبو داود والنسائي وأحمد بسندهم إلى ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال: «من أتى إليكم معروفاً فكافئوه، فإن لم تجدوا فادعوا له حتّى تعلموا أن قد كافأتموه». فأسأل الله تعالى أن يجزيه عني الجزاء الأوفى في الدنيا والآخرة، وكذا زملائي أعضاء الدّائرة لما أبدوه من ملحوظات استفدت منها في إنجاز هذا العمل.
والحمد الله أوّلاً وأخيراً، وصلى الله على سيدنا محمّد وسلم تسليماً.

الباب الأوّل

الاجتهاد الانتقائيّ في أحكام الأسرة

الفصل الأوّل: الاجتهاد الانتقائيّ في بعض أركان عقد الزّواج.

الفصل الثّاني: الاجتهاد الانتقائيّ في الحقوق الزوجيّة.

الفصل الثّالث: الاجتهاد الانتقائيّ في صيغ الطّلاق.

الفصل الرّابع: الاجتهاد الانتقائيّ في محل الطّلاق والإشهاد عليه وأثره.



الفصل الأوّل

الاجتهاد الانتقائيّ في بعض أركان عقد الزّواج

المبحث الأوّل: مقدار المحرّم من اللّبن.

المبحث الثّاني: زواج المسلم بالمرأة من أهل الكتاب.

المبحث الثالث: الشروط المقترنة بعقد النكاح

المبحث الرّابع: ولاية الإجبار.



المبحث الأوّل
مقدار المحرّم من اللّبن

توطئة:

يُعدُّ الرّضاع مانعاً من موانع الزّواج، يدل عليه قوله تعالى: ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ ﴾(١). تنزل بسببه المرضع بالنّسبة للرضيع منزلة الأم من النسب، وأبناؤها منزلة إخوته وأخواته. وهذا محل اتفاق بين الفقهاء، وإنّما اختلفوا في المقدار من اللّبن الذي يحصل به التحريم.

أولاً: آراء وأدلّة الفقهاء في المسألة:

اختلف الفقهاء في مسألة المقدار المحرّم من اللّبن على عدّة أقوال أشهرها ما يلي:

القول الأوّل: يحرم قليل الرّضاع وكثيره إذا وصل إلى جوف الرّضيع وهو قول أبي حنيفة ومالك ورواية عن أحمد، فإنهم لم يقولوا بالتحديد، فيقع التّحريم عندهم بأي قدر كان. فبالنّسبة للمذهب الحنفيّ حكى السرخيّ عن أبي حنيفة قوله: «لا يجوز له أن يتزوج امرأة أرضعته قليلاً كان أو كثيراً عندنا»(٢)(٣). وبالنّسبة للمذهب المالكيّ نص الإمام مالك على أن «الرّضاعة قليلها وكثيرها في الحولين تحرم»(٤).

---

(١) سورة النّساء، الآية: ٢٣.

(٢) المبسوط للسرخسي: ج٥/ ١٣٤، ونحوه في مختصر الطحاوي: ٢٢٠، ورؤوس المسائل للزمخشري: ٤٤٣ رقم ٣١٣.

(٣) الموطأ للإمام مالك: كتاب الرضاع، باب رضاعة الصغير ٤٧١.

(٤) المدونة الكبرى للإمام مالك: ج ٢/ ٤٠٥.

وأيضاً جاء في المدوّنة الكبرى قول سحنون: «قلت لعبد الرحمن بن القاسم: أتحرم المصة والمصتان في قول مالك؟ قال نعم»[١]. وبالنّسبة للمذهب الحنبليّ حكى ابن قدامة أن للإمام أحمد رواية فيها مثل هذا القول، فقال: «وعن أحمد رواية ثانية أن قليل الرّضاع وكثيره يحرم»[٢] وقد ذكر ابن حجر أن هذه الرواية هي المشهورة عنه[٣]. والقول بعدم تحديد القدر المحرّم من اللّبن نسبه ابن عبد البر إلى «علي وابن مسعود وابن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب والحسن ومجاهد وعروة وطاووس وعطاء ومكحول والزهري وقتادة والحكم وحمادة»[٤] ولم يورد الآثار المرويّة عنهم في المسألة وهي مبثوثة عند غيره في مصنفاتهم[٥].

ظاهر هذه الأقوال أن التّحريم بالرّضاع يحصل بوصول اللّبن إلى جوف الرّضيع، فيستوي قليلهُ وكثيرهُ «لأن شأن الشَّارع إناطة الحكم بالحقيقة مجردة عن شرط التكرار والكثرة، وتتحقق جزئية الرّضيع من المرضعة بالقليل والكثير»[٦].

وبهذا القول أخذ قانون الأُسرة الجزائريّ[٧] فجاء في المادّة التّاسعة والعشرين منه أنّه «لا يحرم الرّضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء أكان اللّبن قليلاً أم كثيراً».

واحتجّ أصحاب هذا القول بالكتاب والسُّنَّة والمعقول:

---

(١) المغني لابن قدامة: ج٩/ ١٩٢.

(٢) ينظر فتح الباري للحافظ ابن حجر: ج١٠/ ١٨٣ عند شرح الحديث رقم ٥١٠٢.

(٣) الاستذكار لابن عبد البر: ج١٨/ ٢٥٩ – ٢٦٠.

(٤) منها مصنف ابن أبي شيبة: ج ٤/ ٢٨٦ – ٢٨٧، والسنن الكبرى للبهيقي: ج٧/ ٤٥٨

(٥) ينظر الفقه الإسلاميّ وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي: ج٧/ ٧١٢.

(٦) صدر قانون الأُسرة الجزائريّ ضمن القانون رقم ٨٤ – ١١ المؤرخ ٤ رمضان عام ١٤٠٤ الموافق ٩ يونية سنة ١٩٨٤، يشمل ثمانية وثمانين مادة موزعة على كتابين؛ أحدهما كتاب الزَّواج وانحلاله يبتدئ من المادّة الحادية والثمانين وينتهي إلى المادّة الثّامنة والثمانين.

(٧) الاستذكار: ج١٨/ ٢٦١.

فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ ﴾[(١)] أخذوا منه أن الله تعالى علق التّحريم باسم الرّضاعة من غير تخصيص فاستوى قليلها وكثيرها في الحكم. قال ابن عبد البر: «الحجة في هذا ظاهر قول الله عزّ وجلّ: ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ ﴾، ولم يخص قليل الرّضاعة من كثيرها»[(٢)]. وقال السرخسي: «حجتنا قوله تعالى: ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ ﴾، أثبت الحرمة بفعل الإرضاع فاشتراط العدد فيه يكون زيادة على النص»[(٣)] وصحح ابن العربيّ احتجاجهم بمطلق القرآن هنا، وألزم به من خالفه بقوله: «رأى مالك وأبو حنيفة الأخذ بمطلق القرآن الكريم وهو الصّحيح؛ لأنه عمل بعموم القرآن وتعلّق به. وقد قوي ذلك بأنّه من باب التّحريم في الإرضاع والحوطة على الفروج، فقد وجب القول به لمن يرى العموم ومن لم يره»[(٤)].

ومن السُّنَّة حديث عقبة بن الحارث قال: «تزوجت امرأة فجاءتنا امرأة سوداء فقالت: أرضعتكما. فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت: تزوجت فلانة بنت فلان، فجاءتنا امرأة سوداء فقالت لي: إني قد أرضعتكما وهي كاذبة! فأعرض عني، فأتيته من قبل وجهه قلت: إنها كاذبة، قال كيف بها وقد زعمت أنها أرضعتكما؟ دعها عنك»[(٥)] ووجه الدّلالة عندهم من هذا الحديث – كما قاله ابن القيم[(٦)] حكاية عنهم – أن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أمر بفراق الزّوج زوجته من غير أن يسأل المرأة التي أخبرت أنها أرضعتها عن قدر ما رضعاه منها من اللبن.

---

(١) سورة النساء، الآية ٢٣.

(٢) الاستذكار، ج١٨/ ٢٦١.

(٣) المبسوط: ج٥/ ١٣٥ ونحوه قول الكاساني في بدائع الصنائع: ج٤/ ١٠.

(٤) أحكام القرآن لأبي بكر ابن العربيّ: ج١/ ٣٧٤.

(٥) صحيح البخاري: كتاب النكاح رقم الحديث ٥١٠٤. وسنن الترمذي: كتاب الرّضاع رقم الحديث ١١٥١.

(٦) ينظر زاد المعاد لابن القيم: ج٥/ ٥٧١-٥٧٢.

وأمّا احتجاجهم بالمعقول فذكر الزمخشري أن «حرمة الرّضاع إنما تثبت بالجزئية والبعضية لأن اللّبن غذاء للصبي، فإذا وصل الغذاء إلى جوفه بمرة واحدة تثبت الجزئية فوجب أن تثبت الحرمة[١].

- **والقول الثاني**: لا يثبت التّحريم إلا بخمس رضعات وهو قول الشافعيّ، والقول الصّحيح في المذهب الحنبليّ وقول ابن حزم. فبالنّسبة للإمام الشافعيّ، فإنّه صرح أنّه «لا يحرم من الرّضاع إلا خمس رضعات متفرقات»[٢] وبالنّسبة للإمام أحمد في الرواية الصّحيحة عنه، فأكّد ابن قدامة أن: «الذي يتعلّق به التّحريم خمس رضعات فصاعداً. هذا الصّحيح في المذهب[٣]، وكذلك صرح ابن حزم أنّه «لا يحرم من الرّضاع إلا خمس رضعات»[٤] نسب ابن قدامة هذا القول إلى عائشة وابن مسعود وابن الزُّبير وعطاء وطاوس»[٥].

وبه أخذ قانون الأحوال الشخصيّة السوري[٦]، فنص في الفقرة الثّالثة من المادّة الثّانية منه على أنّه «يشترط في الرّضاع للتحريم أن يكون في العامين الأوّلين، وأن يبلغ خمس رضعات متفرقات، يكتفي الرّضيع في كل منها، قَلَّ مقدارها أو كَثُر». وأخذت به أيضاً مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة[٧] فقالت في الفقرة الثّالثة من الفصل الثّامن والعشرين: «لا يمنع

---

(١) رؤوس المسائل للزمخشري: ٤٤٣، رقم المسألة ٣١٣.

(٢) ينظر الأم للشافعي: ج٥/ ٢٩.

(٣) ينظر المغني: ج٩/ ١٩٢.

(٤) المحلى لابن حزم: ج١٠/ ١٨٩ رقم المسألة ٢٠١٩.

(٥) المغني: ج٩/ ١٩٢.

(٦) صدر قانون الأحوال الشخصيّة السوري في ١٧/ ٩/ ١٩٥٣، وهو يشمل أحكام الزَّواج والطّلاق والأهلية والوصية والمواريث، ومصدره في غالبة المذهب الحنفيّ، وأخذ في بعض الأحكام من المذاهب الأخرى. وهو في ثمان وثلاثمائة مادة جاء النَّص في أخرها على أن كل ما لم يرد في هذا القانون يرجع فيه إلى المذاهب الحنفيّ.

(٧) مدونة الأحوال الشخصيّة المغربيّة تتضمن سبعة وتسعين ومائتي فصل موزعين على سنة كتب؛ أحدهما: كتاب الزّواج، يبتدئ من الفصل الأوّل إلى الفصل الثّالث والأربعين والثاني: كتاب انحلال ميثاق الزوجيّة يبتدئ من الفصل الرّابع والأربعين إلى الفصل الثّاني والثمانين. وقد بدأ تطبيقها بموجب ظهير شريف =

الرّضاع من الزَّواج إلا إذا حصل في الحولين الأوّلين خمس مرات يقيناً. والرضعة لا تحسب إلا إذا عدت في العرف رضعة كاملة».

كما اختار العمل به عدد الفقهاء المعاصرين منهم الشّيخ محمود شلتوت[1] فإنَّه قال: «التحريم بالرّضاع (...) لايكفي فيه - بناءً على ما اخترناه في الفتوى رفقاً بالنَّاس - مطلق الرضاع؛ بل لا بد أن يكون أوّلاً في مدّة الرّضاع وهي الحولان (...) وأن يكون ثانياً خمس رضعات مشبعات»[2] ومنهم الشّيخ عبد العزيز بن باز[3] فإنّه أفتى بعدم التّحريم بالرضاع

= رقم ٣٤٣. ٥٧. ١ كعح المؤرخ ب ٢٨ ربيع الثّاني ١٣٧٧ الموافق ٢٢ نوفمبر ١٩٥٧. والثالث: كتاب الولادة ونتائجها، يبتدئ من الفصل الثّالث والثمانين إلى الفصل الثّاني والثلاثين ومائة، وقد بدأ تطبيقه بموجب ظهير شريف رقم ٣٧٩ - ٧٥ - ١ المؤرخ ب ٢٥ جمادي الأولى ١٣٧٧ الموافق ١٨ ديسنبر ١٩٥٧. والرابع: كتاب الأهلية والنيابة الشرعيّة، يبتدئ من الفصل الثّالث والثلاثين ومائة إلى الفصل الثّاني والسبعين ومائة، وقد بدأ تطبيقه بموجب ظهير شريف رقم ٠١٩ - ٥٨ - ١ المؤرخ ب ٤ رجب ١٣٧٧ موافق ٢٥ يناير ١٩٥٨. والخامس: كتاب الوصية، يبتدئ من الفصل الثّالث والسبعين ومائة إلى الفصل السّادس عشر ومائتين. وقد بدأ تطبيقه بموجب ظهير شريف رقم ٠٧٣ - ٥٨ - ١ والسادس كتاب الميراث يبتدئ من الفصل السّابع عشر ومائتين إلى الفصل السّابع والتسعين ومائتين. وقد بدأ تطبيقه بموجب ظهير شريف رقم ١١٢ - ٥٨ - ١ ومما يجب ذكره نه تم النَّص في الفصل الأخير من كتاب الطّلاق والأهلية والنيابة الشرعيّة والوصية والميراث على أن «كل مالم يشمله هذا القانون يرجع فيه إلى الرّاجح أو المشهور أو ما جري به العمل من مذهب مالك».

(١) هو الشّيخ محمود شلتوت؛ أحد الفقهاء المجتهدين في هذا العصر، ولد بمصر سنة ١٣١٠ه الموافق ل ١٨٩٣م. قال الزركلي: «كان داعية إصلاح، نير الفكرة، يقول بفتح باب الاجتهاد وسعى إلى إصلاح الأزهر فعارضه بعض كبار الشّيوخ وطرد هو ومناصروه» عين شيخاً للأزهر من سنة ١٩٥٨ إلى وفاته سنة ١٩٦٣. من مؤلفاته التي فيها آراؤه في أحكام الأسرة: كتاب فصول شرعية واجتماعية وكتاب الإسلام عقيدة وشريعة، وكتاب الفتاوي. ترجمته في كتاب الأعلام لخير الدّين الزركلي: ج ٧/ ١٧٣.

(٢) الفتاوى للشيخ محمود شلتوت: ٢٨٨.

(٣) هو الشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز؛ من علماء السعوديّة المشهورين في هذا العصر، له مجموعة تلاميذ وفتاوى توفي يوم الخميس ٢٧ محرم ١٤٢٠هـ/ ١٣ ماي ١٩٩٩.

حتى يبلغ عدد الرضعات «خمس رضعات أو أكثر حال كون الرضعية في الحولين»[١]، ومنهم الشّيخ الدكتور يوسف القرضاوي[٢]، وصرح بأنّه يفتي بهذا القول فقال: «ما أفتي به هنا ما عليه مذهب الشّافعيّة والحنابلة، وهو أن التّحريم إنما يكون بخمس رضعات مشبعات معلومات، وقد أيد ذلك الحديث الصّحيح»[٣] وبه أفتت اللّجنة الدّائمة للبحوث العلميّة والإفتاء بالمملكة العربيّة السعوديّة[٤].

واحتجّ أصحاب هذا القول بما يلي:

١- حديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخن بخمس معلومات فتوفي رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وهنَّ مما يُقرأ من القرآن»[٥].

٢- حديث سهلة بنت سهيل – امرأة أبي حذيفة – أن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أمرها أن تُرضِعَ سالماً مولى أبي حذيفة وقد بلغ ما يبلغ الرجال، فأرضعته خمس

---

(١) رقم الفتوى ٣٢٥٠ بتاريخ ٩/ ١٠/ ١٤٠٠ ينظر مجموعة الفتاوى والرسائل النسائية للشيخ عبد العزيز بن باز: ١٣٠.

(٢) هو الشّيخ الدكتور يوسف عبد الله القرضاوي، أحد الفقهاء المجتهدين في هذا العصر، ولد فى سنة ١٩٢٦م في قرية من قرى مصر. حصل على شهادة الدكتوراة مع مرتبة الشرف الأولى سنة ١٩٧٣ في موضوع الزكاة وأثرها في حل المشاكل الاجتماعيّة يعمل أستاذاً وعميداً لكلية الشريعة الإسلاميّة بدولة قطر يمارس الخطابة ويلقي الدروس في المساجد ويحاضر فى الجامعات فى الإسلام للشيخ الدكتور يوسف القرضاوي والدراسات والندوات العلميّة، ويحضر في برامج إعلامية للفتوى.

(٣) ينظر الحلال والحرام في الإسلام للشيخ الدكتور يوسف القرضاوي: ١٧٢. وينظر فتاوى معاصرة للشيخ الدكتور يوسف القرضاوي ج٢/ ٤٠٤.

(٤) الفتوي رقم ٢٢١٤. بتاريخ ١٤/ ذو القعدة/ ١٣٩٥ وكذلك الفتوى رقم ١٦٨٧ بتاريخ ١١ ذو القعدة ١٣٩٧ (ينظر منشورات فتاوى اللّجنة الدّائمة للبحوث العلميّة والإفتاء صفحة: ٢٢).

(٥) صحيح مسلم بشرح النووى: كتاب الرّضاع رقم الحديث ١٤٥٢. وسنن النسائى: كتاب النكاح، رقم الحديث ٣٣٠٧.

رضعات فكان بمنزله ولدها من الرّضاعة»[١].

٣- حديث أم الفضل أن نبيَّ الله صلّى الله عليه وسلّم قال: «لا تحرم الرضعة أو الرضعتان»[٢].

بهذه الأحاديث احتجّ أصحاب هذا القول وأكد الاحتجاج بها الإمام الشافعيّ حين ناظر مخالفيه في المسألة فقال: «إن قال قائل: فلم لم تحرم برضعة واحدة وقد قال بعض من مضى إنها تحرم؟ قيل: بما حكينا أن عائشة تحكي أن الكتاب يحرم بعشر رضعات ثم نسخن بخمس. وبما حكينا أن النبي صلّى الله عليه وسلّم قال: «لا تحرم الرضعة أو الرضعتان»، وأمر رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أن يرضع سالم خمس رضعات يحرم بهنّ، فدلَّ ما حكت عائشة في الكتاب وما قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أن الرّضاع لا يحرم به أقل اسم الرّضاع، ولم يكن في أحد مع النبي صلّى الله عليه وسلّم حجة. وقد قال بعض من مضى بما حكت عائشة في الكتاب ثم في السُّنَّة، والكفاية فيما حكت عائشة في الكتاب ثم في السُّنَّة»[٣]. وأيّد الشافعيّ استدلاله على مذهبه في المسألة بما سَنَّه رسول الله صلّى الله عليه وسلّم في قطع يد السَّارق وفي رجم الزاني المحصن، ذلك أنّه ليس كل سارق يطبق عليه حكم القرآن بقطع يده، كما أنّه ليس كل من زنى يجلد. فقال: «استدللنا بسُنَّة رسول الله صلّى الله عليه وسلّم على أن المراد بالقطع من السَّارقين والمائة من الزناة بعض الزناة دون بعض وبعض السَّارقين دون بعض لا من لزمه اسم سرق وزنى، فهكذا استدللنا بسُنَّة رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أن المراد بتحريم الرّضاع بعض المرضعين دون بعض لا من لزمه اسم الرضاع»[٤].

---

(١) سنن أبي داود: كتاب النّكاح رقم الحديث ٢٠٦١. ومسند الإمام أحمد: رقم الحديث ٢٥١٢٢ و ٢٥٦٤٧.

(٢) طرف من حديث في صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الرّضاع رقم الحديث: ١٤٥١ م٢ وسنن ابن ماجة: كتاب النّكاح رقم الحديث ١٩٤٠.

(٣) الأم: ج٥/ ٥٩.

(٤) المصدر نفسه.

وأوضح الماوردي أن ما ورد النَّص على نسخة في حديث عائشة رضي الله عنها هو نسخ التلاوة دون الحكم، فإنّه بقي كالذي روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه في الرجم[١] فإنَّه نسخ خطه ورفع وثبت الحكم به[٢].

والقول الثّالث يحرم من الرّضاعة ثلاث رضعات، نَسَبَهُ ابن قدامة إلى أبي ثور وأبي عبيد وابن المنذر وداود بن علي، وحكى أنّه رواية أخرى عن أحمد[٣] وذكر أن مما احتجوا به قوله صلّى الله عليه وسلّم: «لا تحرم الرضعة أو الرضعتان أو المصة أو المصتان»[٤]، وقوله: «لا تحرم الإملاجة[٥] والإملاجتان»[٦]، فإنهما يفيدان بظاهرهما أن الرّضيع إذا ملج لبن امرأة مرة أو مرتين اثنتين فإنّه لا يصير ابناً لها من الرّضاع، ويؤخذ منهما عن طريق المفهوم أنّه إذا تجاوز رضعتين بأن رضع ثلاث مرات فما فوق صارت أمّاً له من الرّضاع فتحرم عليه كما تحرم عليه أمّه من النَّسب، لكن المفهوم لا يقوى على المنطوق فقد ورد فى حديث عائشة رضي الله عنها التّصريح بأن الذي يثبت به التّحريم من اللّبن هو خمس رضعات.

---

(١) يعني قوله «الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله» أخرجه ابن حبان في صحيحه بسنده إلى أبي ابن كعب ينظر الإحسان في ترتيب صحيح ابن حبان، كتاب الحدود، ذكر إثبات الرجم لمن زنى وهو محصن، رقم الحديث (٤٤٨٢)، وعند البخاري في صحيحه: كتاب الحدود باب رجم الحبلى من الزني إذا أحصنت لكن ليس فيه نص الآية وعند الحاوى الكبير في المستدرك: كتاب التفسير، تفسير سورة الأحزاب.

(٢) ينظر الحاوي الكبير للماوردى: ج ١١/ ٣٦٣.

(٣) المغني: ج ٩/ ١٩٣.

(٤) سبق تخريجه في هذا المبحث.

(٥) قال ابن منظور: «ملج الصبي أمه يملجها وملجها إذا رضعها. وأملجته هي (...) والإملاج الإرضاع (...) والإملاجة: المرّة». (ينظر لسان العرب: باب الجيم فصل الميم).

(٦) صحيح مسلم بشرح النووى كتاب الرّضاع باب المصة والمصتان رقم الحديث ١٤٥١ وسنن النسائي: كتاب النّكاح باب القدر الذى يحرم من الرّضاعة رقم الحديث ٣٣٠٨.

ثانياً: مناقشة الأدلة:

1- مناقشة أدلة الفريق الأوّل:

أمّا احتجاج الفريق الأوّل الذين يرون التّحريم بقليل الرّضاع وكثيرة بمطلق الرّضاع في قوله تعالى: ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ ﴾؛ فيرد عليه أن هذا الإطلاق ورد تقييده في عدّة أحاديث صحيحة احتجّ بها من خالفهم، وقد سبق ذكرها.

وكذلك ما احتجوا به من السُّنَّة وهو أن النبي صلّى الله عليه وسلّم أمر بمفارقته الزّوج زوجته لقول امرأة أنها أرضعتها من غير أن يسألها عن مقدار ما رضعا من لبنها؛ فإن الاحتجاج به – حسب ابن حجر – «فيه نظر؛ لأنه لا يلزم من عدم ذكرها عدم الاشتراط، لاحتمال أن يكون ذلك قبل تقرير حكم اشتراط العدد، أو بعد اشتهاره فلم يحتج لذكره في كل واقعة»[1].

2- مناقشة أدلة الفريق الثاني:

وأمّا احتجاج الفريق الثّاني الذين قالوا بتحديد القدر المحرّم بخمس رضعات بحديث عائشة «كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخن بخمس معلومات فتوفى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وهن مما يقرأ من القرآن»؛ فقد ردّه مخالفوهم بأنّه خبر آحاد لا يصلح أن يثبت به القرآن؛ لأن من شرطه أن ينقل بالتواتر، فذكر السرخسي أن «اشتراط العدد فيه يكون زيادة على النَّص ومثله لا يثبت بخبر الواحد»[2].

وحقاً فإن القرآن كلّه منقول إلينا بالتواتر، لكن إذا انعدم هذا الشرط في حديث عائشة فلم يثبت قرآناً؛ فإنّه يكون سنة؛ لأن عائشة رضي الله عنها روته عن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم، فيلزم العمل به؛ لأن خبر الآحاد إذا انتفى عنه شرط ما نقل به القرآن لا ينتفي

(١) فتح الباري: ج ١٠/ ١٩١ عند شرح الحديث رقم ٥١٠٤.

(٢) ينظر المبسوط: ج ٥/ ١٣٤.

وجوب العمل به. أكد هذا أبو سليمان الخطابي بقوله: «الأحكام تثبت بأخبار الآحاد فجاز أن يقع العمل بها»[١] ويؤيّد هذا عمل سهلة بنت سهيل وُفقَهُ.

ثالثاً: سبب الاختلاف:

يتبيّن من خلال عرض حجج كل فريق في المسألة أن سبب اختلافهم فيها يرجع إلى تعارض الأدلّة فيما بينها، ذلك أن الرّضاع المحرّم ورد في القرآن الكريم مطلقاً، وورد في بعض الأحاديث مقيداً بعدد الرضعات، وهذه الأحاديث يعارض بعضها بعضاً في هذا المقدار المحرّم، فاختلف الفقهاء من أجل ذلك. قال ابن رشد: «السبب في اختلافهم في هذه المسألة معارضة عموم الكتاب للأحاديث الواردة في التحديد، ومعارضة الأحاديث في ذلك بعضها ببعض»[٢].

رابعاً: الترجيح:

يظهر من خلال عرض آراء الفقهاء في المسألة أن القول الرّاجح فيها هو ما ذهب إليه الإمام الشافعيّ أن الذي يحرم من الرّضاع هو خمس رضعات كما يلي:

١ - إن التّحريم بالرّضاع في قوله تعالى: ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ ﴾ وفيما وافقه من أحاديث، ومنها قوله صلّى الله عليه وسلّم: «يحرم من الرّضاع ما يحرم من النسب»، وقوله لمن جاء يستفتيه في شأن ما أخبرته به إحدى النّساء أنّها أرضعته وزوجته: «كيف وقد زعمت أنها أرضعتكما»؛ ورد مطلقاً فقيَّده رسول الله صلّى الله عليه وسلّم بعدد ضبطه به فى أحاديث ثلاثة. أحدها قوله صلّى الله عليه وسلّم: «لا تحرم الإملاجة والإملاجتان»، والثالث حديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخن بخمس معلومات فتوفى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وهن مما يقرأ من القرآن»

(١) معالم السنن للخطابي: ج٣/ ١٦١.

(٢) بداية المجتهد لابن رشد: ج ٢/ ٣٥.

ويوافق هذا الحديث حديث سهلة بنت سهيل أن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أذن لها أن ترضع سالماً مولى أبي حذيفة فأرضعته خمس رضعات.

فهذه الأحاديث وردت لبيان المقدار المحرّم من الرضاع، فالحديثان الأوّلان ورد فيهما نفي التّحريم برضعتين اثنتين فأفادا بمفهومهما أن ما زاد عليهما يحرم وهو ثلاث رضعات فما فوقها، والحديث الثّالث وهو حديث عائشة فيه أن التّحريم لا يحصل بما دون خمس رضعات وهو وإن عارضة الحديثان المتقدمان فإن الحكم فيه منطوق وفيهما يؤخذ بالمفهوم، والمنطوق أقوى من المفهوم فيتقدم عليه.

ثم إن قول عائشة رضي الله عنها: «فتوفى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وهن ممّا يقرأ من القرآن»؛ يؤخذ منه أنَّ نسخ الرضعات الخمسة تأخر حتى أنّه توفى عليه الصَّلاة والسَّلام وبعض النَّاس الذين لم يبلغهم النسخ استمروا يقرؤونها على الرسم الأوّل. قال النووى: «وقولها: (فتوفى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وهن ممّا يقرأ من القرآن)؛ هو بضم الياء من يقرأ، ومعناه أن النسخ بخمس رضعات تأخر إنزاله جداً حتّى أنّه صلّى الله عليه وسلّم توفى وبعض النَّاس يقرأ خمس رضعات تأخر إنزاله جداً حتى أنّه صلّى الله عليه وسلّم توفى وبعض النَّاس يقرأ خمس رضعات ويجعلها قرآناً متلُوّاً لكونه لم يبلغه النسخ لقرب عهده فلمّا بلغهم النسخ بعد ذلك رجعوا عن ذلك وأجمعوا على أن هذا لا يتلى»[١] وإلى هذا المعنى ذهب الخطابيّ في معالم السنن[٢] والشوكاني في نيل الأوطار[٣] والصنعانيّ في سبل السلام[٤].

٢- إن تحقيق دلالة لفظ «الأمهات» في قوله تعالى: ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ ﴾؛ يحتاج – كما قال الشّيخ شلتوت في إحدى فتاواه[٥] إلى أن يكون المقدار الذى ترضعه المرأة

(١) شرح النووي على صحيح مسلم عند شرح الحديث رقم ١٤٥٢.

(٢) ينظر معالم السنن: ج ٣/ ١٦١.

(٣) ينظر نيل الأوطار: ج ٦/ ٣١١.

(٤) ينظر سبل السلام للصنعاني: ج ٣/ ١٥٣٧.

(٥) ينظر في دلالة كلمة «أمهاتكم» قول الشّيخ محمود شلتوت في كتابه الفتاوى: ٢٨٤.

مقداراً تشعر به بمعنى الأمومة للرضيع، ويصير به اللّبن جزءاً لبدنه. ولا شك أن هذا لا يحصل بالقليل منه، ويؤيد هذا أنّه وردت أحاديث نبوية يحتج بها، فيها وصف الرّضاع الذي يحصل به التّحريم هي:

أ- حديث عائشة رضي الله عنها قالت: «دخل على رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وعندي رجل فقال: من هذا؟ قلت: أخي من الرّضاعة قال: يا عائشة انظرن من إخوانكم فإنّما الرّضاعة من المجاعة»[1] ففيه أن للتحريم بالرّضاع ضابطاً في الشّرع وهو أن يحصل فى الفترة التي يكون فيها اللّبن غذاء للرّضيع يدفع عنه جوعه. ولا شك أن مجاعته لا تندفع بمصة واحد.

ب- حديث ابن مسعود رضي الله عنه عن النبي صلّى الله عليه وسلّم أنّه قال: «لا رضاع إلا ما شد العظم وأنبت اللحم»[2] فإنه يفيد بظاهرة أنّه لا يعتبر من الرّضاع المحرّم إلا ما كان به شد عظم الرّضيع وإنبات لحمه، وهذا بلا شك لا يحصل بقليل الرّضاع.

ج- حديث أم سلمة رضي الله عنها أنها قالت: قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: «لا يحرم من الرّضاعة إلا ما فتق الأمعاء في الثدي وكان قبل الفطام»[3] فإن ما يدل عليه بظاهرهِ لا يختلف عمّا يؤخذ من ظاهر حديث ابن مسعود قبله.

فهذه الأحاديث الثلاثة تفيد أن ضابط التّحريم بالرّضاع أن يكون اللّبن غذاء وحيداً للرضيع تحصل به الفائدة لجسمه، وهذا يكون أثناء الحولين ويحصل بخمس رضعات فما

(١) صحيح البخاري: كتاب الشهادات رقم الحديث ٢٦٤٧. و كتاب النّكاح، رقم الحديث: ٥١٠٢ .

(٢) سنن أبي داود: كتاب النّكاح، رقم الحديث ٢٠٥٩ لكنه موقوف على ابن مسعود وعند أحمد في مسنده عنه مرفوعاً «لا يحرم من الرّضاع إلا ما أثبت اللحم وانشر العظم»، ينظر المسند للإمام أحمد: رقم الحديث ٤١٠٣ وينظر تلخيص الحبير للحافظ ابن حجر: ج ٤/ ٤ رقم الحديث: ١٦٥٣.

(٣) سنن الترمذي: كتاب الرضاع، باب ما جاء ما ذكر أن الرّضاعة لا تحرم إلا في الصغر دون الحولين رقم الحديث ١١٥٢ وقال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح» وسنن ابن ماجة بلفظ «لا رضاع إلا ما فتق الأمعاء»، كتاب النّكاح باب لا رضاع بعد فصال، رقم الحديث: ١٩٤٦.

فوقها لقول ابن حجر: «وقوله: (من المجاعة)؛ أي الرّضاعة التي تثبت بها الحرمة وتحل بها الخلوة هي حيث يكون الرّضيع طفلاً يسد اللّبن جوعته؛ لأن معدته ضعيفة يكفيها اللبن، وينبت بذلك لحمه فيصير كجزء من المرضعة فيشترك في الحرمة مع أولادها (...) ومن شواهده حديث ابن مسعود: (لا رضاع إلا ما شدَّ العظم وأنبت اللحم)، (...) وحديث أم سلمة: (لا يحرم من الرّضاع إلا ما فتق الأمعاء)»[1].

٣- إن الإمام أحمد ممّن يرون حصول التّحريم بقليل الرضاع، لقوله صلّى الله عليه وسلّم: «لا تحرم المصة ولا المصتان». ومع ذلك لم يجد ما يدفع به مذهب عائشة رضي الله عنها في التّحريم بخمس رضعات، بل قواه، فحكى عنه الترمذي قوله: «إن ذهب ذاهب إلى قول عائشة في خمس رضعات فهو مذهب قوي»[2] وعلق على قوله هذا الإمام الترمذي فقال: «وجبن عنه أن يقول فيه - يعني في مذهب عائشة شيئاً»[3].

---

(١) فتح الباري: عند شرح الحديث رقم ٥١٠٢.

(٢) ينظر سنن الترمذي: ج٣/ ٤٤٧، بعد ذكر الحديث رقم ١١٥٠.

(٣) المصدر نفسه.

المبحث الثاني

زواج المسلم بالمرأة من أهل الكتاب[١]

توطئة:

نهى الله عزّ وجلّ المسلمين عن نكاح الكافرات في قوله سبحانه: ﴿ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ ﴾[٢]، وكذلك عن نكاح المشركات في قوله: ﴿ وَلاَ تَنكِحُواْ الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ ﴾[٣]. وحض رسول الله صلّى الله عليه وسلّم على مراعاة خصلة التدين في المرأة، فكان الأصل في بناء الأُسرة أن ينكح المسلم مسلمة لما يجمع بينهما من موافقات على رأسها وحدة الدين، وبقي نكاح المحصنات من أهل الكتاب استثناء ناقشه الفقهاء قديماً وحديثاً.

أولاً: آراء الفقهاء وأدلتهم في المسألة:

اختلف الفقهاء في مسألة زواج المسلمين بنساء أهل الكتاب على قولين:

أحدهما: إن نكاحهنَّ جائز، وهو مذهب جمهور الفقهاء وفيهم الأئمة الأربعة، فإن الأصل عندهم أنّه يجوز للمسلم أن يتزوج المرأة الكتابيّة. فقد حكى ابن رشد أنهم «اتفقوا على أنّه يجوز أن ينكح- يعني المسلم- الكتابيّة الحرّة إلا ما روي في ذلك عن ابن عمر»[٤].

---

(١) يعد من أهل الكتاب كل من دخلوا في اليهوديّة أو النصرانيّة ولو بعد تحريفها، فقد أرسل رسول الله صلّى الله عليه وسلّم كتابا إلى هرقل يدعوه فيه إلى الإسلام وناداه وقومه بقوله: ((يا أهل الكتاب)) مع أن هرقل دخل في النصرانيّة بعد التبديل. (ينظر صحيح البخاري كتاب بدء الوحي).

(٢) سورة الممتحنة، الآية ١٠.

(٣) سورة البقرة، الآية ٢٠٩.

(٤) بداية المجتهد لابن رشد: ج٢/ ٤٤.

وكذلك قال ابن قدامة: «ليس بين أهل العلم بحمد الله تعالى اختلاف في حل حرائر نساء أهل الكتاب، وممن رويَ عنه ذلك عمر عثمان وطلحة وحنيفة وسلمان وجابر وغيرهم (...) وبه قال سائر أهل العلم»[١].

واختار العمل بهذا القول عدد من قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة إذ ورد التّصريح في بعضها بإباحته؛ فجاء في المادّة السّابعة عشرة من قانون الأحوال الشخصيّة العراقي[٢] أن «للمسلم أن يتزوج كتابيّة». وجاء في المادّة الثلاثين من وثيقة الكويت للأحوال الشخصيّة[٣]

(١) المغني: ج٧/ ٥٠٠.

(٢) تم تدوين هذا القانون رقم ١٨٨ سنة ١٩٥٩، وهو يتألف من أربعة وستين مادة موزعة على ثمانية أبواب؛ أحدها باب الزّواج، والثاني باب المحرّمات وزواج الكتابيات، والثالث باب الحقوق الزوجيّة وأحكامها، والرابع باب انحلال عقد الزّواج، والخامس باب في العدة، والسادس باب الولادة ونتائجها، والسابع باب نفقة الفروع والأصول والأقارب والثامن باب الوصاية.
وذكرت اللّجنة التي وضعت لائحة مشروع هذا القانون أنها اعتمدت من مصادره «الأحكام الفقهيّة التي درجت على اتباعها في تطبيقاتها القضائية حتّى أصبحت سوابق مرعية وأعرافا قضائية ألفها القضاة والمحامون وعلمها العارفون بأحكام الشريعة والمعنيون، مضيفة إلى المصادر بعض المبادئ الفقهيّة المرعية في الفتيا والقضاء عند بعض المذاهب الإسلاميّة الأخرى دون أن تتقيد بمذهب معين. وجعلت من المصادر في تشريعها؛ قانون الأحوال الشخصيّة الصادرة بتاريخ ١٧/ ٩/ ١٩٥٣، والقوانين الخاصة المصرية الصادرة بأحكام الفقه وبعض مسائل الأحوال الشخصيّة الصادرة بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، ولم تغفل بقية القوانين العربيّة المشرعة في هذا الباب والتي أمكن الأطلاع عليها». (ينظر أحكام الأحوال الشخصيّة في العراق للأستاذ محمّد شفيق العاني:٨).

(٣) وثيقة الكويت للقانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة هي كثمة لعمل مجلس وزراء العدل العرب ذلك أنّه بعدما أكملت لجنة الخبراء صياغة مشروع القانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة العربيّة؛ رفعته إلى مجلس وزراء العدل العرب في دورته الثّالثة فأصدر قراره رقم ٤/ د ٣/ ٢٥-٤-١٩٨٥ الذي يقضي بتكليف الأمانة العامّة بعدة أمور منها تعميم المشروع ومذكرته التوضيحيّة على الدول الأعضاء قصد إبداء الرأي فيها وتقيم مقترحات بشأنها، وتوصلت الأمانة العامّة للمجلس بعدة ملاحظات ومقترحات، وتكونت لجنة أخرى لإعادة النّظر في المشروع واجتمعت بحضور أعضاء اللّجنة التي أعدت المشروع والسادة ممثلي الدول =

ذكر أصناف المحرّمات من النّساء ومن جملتهن «المرأة غير المسلمة ما لم تكن كتابيّة» فخرجت من دائرة التّحريم المرأة الكتابيّة فإنّه يجوز للمسلم أن يتزوجها. واكتفت قوانين أخرى بذكر المحرّمات من النّساء ولم تذكر من بينهن نساء أهل الكتاب وهو ما فيهم منه جواز نكاحهن بالنّسبة للمسلمين، فجاء في المادّة الثّانية عشرة من قانون الزّواج والطّلاق الليبي[1] رقم ١٠ لسنة ١٩٨٤ ذكر ثلاثة شروط لانعقاد الزّواج، منها «ألا تكون المرأة مشركة». وجاء في المادّة الثلاثين من مشروع القانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة[2] بيان أصناف المحرّمات من

= التي رغبت في المشاركة في الاجتماع في ثلاثة اجتماعات أحدها: في الرباط عام ١٩٨٦ والثاني بعمان عام ١٩٨٧، والثالث بالرباط عام ١٩٨٨ من أجل دراسة الملاحظات والآراء التي وردت على الأمانة العامة. وتمكنت على ضوئها من إعادة هيكلة المشروع ومذكرته التوضيحيّة فأصبح المشروع يشتمل على أربعة وثمانين ومائتي مادة موزعة على خمسة كتب بالإضافة إلى حكمين ختاميين، وفي سنة ١٩٨٨ أصدر مجلس وزراء العدل العرب قراره رقم ١٠٥/ د٦- ١٧-٨-١٤٠٨- ٤/ ٤/ ١٩٨٨. ينص فيه على خمسة أمور منها اعتماد المشروع مع الأخذ بعين الاعتبار ظروف المجتمع في كل قطر عربي وفق خطة صنعاء، وتسميته وثيقة الكويت للقانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة، وهو مطبوع.

(١) صيغ هذا القانون تنفيذاً لقرارات المؤتمرات الشعبية الأساسية في دور انعقادها العادي الثّالث لسنة ١٩٨٣. وصدر في ١٩ أبريل سنة ١٩٨٤، ويشتمل على خمسة وسبعين مادة موزعة على ثلاثة أبواب. أحدها باب الزّواج؛ يبتدئ من المادّة الأولى إلى المادّة السّابعة والعشرين. والثاني باب الفرقة بين الزّوجين يبتدء من المادّة الثّامنة والعشرين إلى المادّة الحادية والخمسين، والثالث باب إشهار انحلال الزّواج يبتدئ من المادّة الثّانية والخمسين إلى المادّة الحادية والسبعين، وختم بأربع مواد تنظيمية، تنص إحداها وهي المادّة الثّانية والسبعون في الفقرة الثّانية منها على أنّه: «إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه؛ فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلاميّة الأكثر ملاءمة من النّصوص لهذا القانون».

(٢) مشروع القانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة يتضمن أربعة وثمانين ومائتي مادة قانونية مقسمةً على خمسة كتب. أحدها: كتاب الزّواج، يبتدئ من المادّة الأولى إلى المادّة الخامسة والثمانين. والثاني: كتاب الفرقة بين الزّوجين يبتدئ من المادّة السّادسة والثمانين إلى المادّة الرّابعة والأربعين ومائة، والثالث: كتاب الأهلية والولادة، يبتدئ من المادّة الخامسة والأربعين إلى المادّة الثّالثة ومائتين، والرابع: كتاب الوصية، يبتدئ من المادّة الرّابعة ومائتين إلى المادّة التّاسعة وثلاثين ومائتين، والخامس: كتاب الإرث، يبتدئ من المادّة الأربعين ومائتين وينتهي بالمادة الحادية والتسعين ومائتين. وجاء في الفقرتين (ب) و (ج) من مادّته الأخيرة النّص على ما يلي: =

النّساء وخصت الفقرة السّابعة منها «المرأة التي لا تدين بدين سماوي»، فإنه يحرم على المسلم أن يتزوجها، وهو ما يفهم منه أن المرأة التي تدين بدين سماوي مستثناة من الحكم بالتحريم. ولم تتطرق مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة للمسألة مع أن مشروعها كان صريحاً في حكمه بالإباحة إذ نص في الفقرة الخامسة من الفصل التّاسع والعشرين على أنّه «لا يجوز أن يتزوج المسلم بغير الكتابيّة».

وبهذا القول أخذ بعض الفقهاء المعاصرين منهم الشّيخ محمّد عبده[1] فإنه أفتى بأنّه «يجوز أن يتزوج المسلم التابع للدولة المِلِّيّةِ بمسيحية في ألمانيا أو غيرها من بلاد أوروبا، ويعتبر هذا الزّواج مقبولاً بمصر متى كان العقد بحضرة شاهدين ولو ذميين؛ وذلك لأن زواج

= (ب) إذا لم يوجد نص في هذا القانون؛ يحكم بمقتضى قواعد الشريعة الإسلاميّة الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون.

(ج) تسترشد المحاكم في كلِ ذلك بالعمل القضائي العربيّ والفقه الإسلاميّ.

وقد جاء هذا المشروع تتويجاً لعدّة لقاءات مجلس وزراء العدل العرب انطلاقا من المؤتمر العربيّ الأوّل لوزراء العدل العرب المنعقد في الرباط ما بين ١٤ و ١٦ دجنبر ١٩٧٧ الذي قرر أن «الإيمان بأن وحدة التّشريع بين الدول العربيّة هدف قومي ينبغي السعي إلى تحقيقه، وأن اتباع أحكام الشريعة الإسلاميّة هو أسلم الطرق وأحداها للوصول إلى هذه الغاية». ومن المؤتمر الثّاني الذي انعقد في صنعاء ما بين ٢٣ و ٢٥ فبراير سنة ١٩٨١ الذي أصدر قراره رقم ١٠/ د٢ بتاريخ ٢٥/ ٢/ ١٩٨٢ باختيار لجنة فنية من سبعة من الخبراء العرب المختصين في العلوم الشرعيّة والقانونية، عهد إليها بإعداد مشروع القانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة. وعقدت اللّجنة خلال ثلاث سنوات سبعة لقاءات في مقر الأمانة العامّة بالرباط اهتمت فيها بدراسة المشاريع المقدمة إليها وانتهت إلى وضع المشروع المتحدث عنه. وهو منشور مع مذكرته التوضيحيّة في المجلة العربيّة للفقه والقضاء والعدد الثّاني، السُّنَّة الثّانية أكتوبر ١٩٨٥. وأشار إلى ظروف تهيئة الدكتور فاروق النبهان في مقالٍ له عنوانه: «القانون العربيّ الموحَّد للأحوال الشخصيّة»، منشور في مجلة «الأكاديمية» عدد ٧ في جمادي الأوّل سنة ١٤١١ الموافق ديسنبر ١٩٩٠.

(١) هو محمّد عبده بن حسن خير الله، ولد في قرية من قرى غرب مصر سنة ١٢٦٦هـ الموافقة لسنة ١٨٤٩م، اشتغل في التعليم، وتولى منصب القضاء وجعل مفتيا للديار المصرية سنة ١٣٨٧هـ، جمع أعماله الدكتور محمّد عمارة في مجموع سماه «الأعمال الكاملة للشيخ محمّد عبده». توفي سنة ١٣٢٣هـ الموافقة لـ١٩٠٥م، ترجمته في كتاب الأعلام: ج٦/ ٢٥٢. والفكر السامي للحجوي الثعالبي: ج٤/ ٣٦.

المسلم بالكتابيّة جائز شرعاً في أي بلد كان متى استوفيت الشرائط اللازمة لصحة العقد؛ لأن المسيحيّة من أهل الكتاب، وقد أُحِلَّ للمسلمين أن يتزوجوا بالكتابيات»[١].

ومما احتجّ به أصحاب هذا القول قوله تعالى: ﴿ الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ﴾[٢]. فهو يدل بظاهره على جواز زواج المسلمين بالمحصنات من أهل الكتاب، ولقد حمل الإمامان مالك والشافعيّ المحصنات في الآية على الحرائر، فصرّح الإمام مالك أن «الحرّة النصرانيّة واليهوديّة والأمة المسلمة يحصن الحر المسلم إذا نكح إحداهنّ فأصابها»[٣]. وصرح الإمام الشافعيّ بأنّه «يحل نكاح حرائر أهل الكتاب لكل مسلم؛ لأن الله تعالى أحلهنّ بغير استثناء»[٤]. ومثل هذا قاله الكاساني[٥].

إن هذه الآية عند جمهور الفقهاء تخصص الحكم العام بتحريم نكاح المشركات بالنّسبة للمسلم الوارد في قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ ﴾[٦]. وممن صرح بهذا التخصيص من الفقهاء قديماً الماوردي[٧] وابن قدامة[٨] وابن حزم[٩]، ومن الفقهاء حديثا الشّيخ الطّاهر بن عاشور، فإنّه قال: «إذا كانت هذه الآية - يعني آية البقرة - تمنع أن يتزوج

---

(١) ينظر الأعمال الكاملة للشيخ محمّد عبده: ج٦/ ٣٨٤.

(٢) سورة المائدة، الآية ٦.

(٣) الموطأ: كتاب النّكاح باب ما جاء في الإحصان ج٢/ ٤٢٦.

(٤) الأم: ج٥/ ٧.

(٥) ينظر بدائع الصنائع: ج٢/ ٢٧٠.

(٦) سورة البقرة، الآية ٢١٩.

(٧) ينظر الحاوي الكبير: ج٩/ ٢٢١.

(٨) ينظر المغني: ج٧/ ٥٠١.

(٩) ينظر المحلي: ج٩/ ١٣.

المسلم امرأة يهوديّة أو نصرانيّة وأن يزوج أحد من اليهود والنصارى مسلمة؛ فإن آية سورة العقود خصصت عموم المنع بتصريح قوله تعالى: ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ ﴾، وقد علم الله قولهم: «المسيح ابن الله» وقول الآخرين: «عُزيرٌ ابن الله»، فبقي تزويج المسلمة إياهم مشمولاً لعموم آية البقرة، وهذا مسلك سلكه بعض الشّافعيّة»[1].

لكن ما ينبغي التنبيه عليه هو أن جمهور الفقهاء مع أنهم ذهبوا إلى القول بجواز نكاح نساء أهل الكتاب بالنّسبة للمسلمين لآية المائدة؛ فإن هذا ليس عندهم بإطلاق، فقد صرح الأئمة مالك والشافعيّ وابن قدامة بكراهته؛ فجاء في المدوّنة الكبرى قول الإمام مالك: «أكره نكاح نساء أهل الذمة اليهوديّة والنصرانيّة وما أحرمه»[2]. وإن العلة عنده في حكمه هذا «ما يدخلن على ولده وما يأكلن من لحم الخنزير ويشربن الخمر»[3]. وقال الإمام الشافعيّ: «أحب إليّ لو لم ينكحهن مسلم»[4]. وذكر ابن قدامة بعد أن أثبت الحكم بجواز نكاحهن: «إذا ثبت هذا، فالأولى ألا يتزوج كتابيّة»[5].

وتشتد هذه الكراهة عندهم إذا كانت الكتابيّة من قوم يحاربون المسلمين، وبه صرح الإمامان مالك والشافعيّ وهو قول ابن عباس وابن شهاب، ونقله ابن عبد البر عن أكثر أهل العلم[6]، جاء في المدوّنة الكبرى: «قلت: ما قول مالك في نكاح نساء أهل الحرب؟ قال: بلغني عن مالك أنّه كرهه ثم قال: يدع ولده في أرض الشرك ثم يتنصر أو ينصر، لا يعجبني»[7]. وقال الإمام الشافعيّ: «إن نكح كتابيّة من أهل الحرب كرهت ذلك له والنّكاح

---

(١) التحرير والتنوير للطاهر بن عاشور: ج١/ ٣٦٠-٣٦١.

(٢) المدونة الكبرى: ج٢/ ٣٠٦.

(٣) المصدر نفسه: ج٢/ ٤١٦.

(٤) الأم: ج٥/ ٧.

(٥) المغني: ج٧/ ٥٠١.

(٦) الاستذكار: ج١٦/ ٢٧١-٢٧٢.

(٧) المدونة الكبرى: ج٢/ ٣٠٦.

جائز»[١]. وحكى الطبري عن ابن عباس قوله: «من أهل الكتاب من يحل لنا وهم كل من أعطى الجزية، ومنهم من لا يحل لنا وهم أهل الحرب»[٢]. وجاء في المدوّنة الكبرى أن ابن شهاب قال: «قد أحلَّ الله نساء أهل الكتاب وطعامهم غير أنّه لا يحل للمسلم أن يقدم على أهل الحرب من المشركين لكي يتزوج فيهم أو يلبث بين أظهرهم»[٣]، وتعقب الشّيخ محمّد الطّاهر بن عاشور[٤] هذا التمييز بين المرأة الكتابيّة التي من أهل الحرب والتي ليست منهم بأن الذين قالوا به «لم يذكروا دليلاً عليه»[٥].

هذا هو مذهب جمهور أهل العلم في المسألة، فإن الأصل عندهم أنّه يجوز للمسلمين أن يتزوجوا نساء أهل الكتاب. وهذا الحكم سلكوا فيه مسلك الجمع بين الأدلة فخصصوا آية البقرة التي ذكر فيها تحريم المشركات على المسلمين، وهي قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ﴾ بآية المائدة التي فيها جواز زواج المسلمين بالمحصنات من أهل الكتاب وهي قوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ﴾[٦]. وقد سبق القول أنّه مع قولهم بجواز نكاحهن كرهه بعضهم، وإلى هذا مال أغلب الفقهاء المعاصرين فدعوا

---

(١) الأم: ج٥/ ٦٢.

(٢) ينظر جامع البيان: ج/ ٤٤٧ رقم ١١٢٨٨.

(٣) المدونة الكبرى: ج٢/ ٣٠٦.

(٤) هو الشّيخ محمّد الطّاهر بن عاشور أحد مشاهير العلماء في تونس في هذا القرن، ولد سنة ١٢٩٦هـ الموافق لسنة ١٨٩٧. تولي مشيخة جامع الزيتونة وفروعه بتونس. توفي سنة ١٣٩٣هـ الموافق لسنة ١٩٧٣م. ترجمته في كتاب الأعلام: ج٩/ ١٧٤.

(٥) ينظر التحرير والتنوير: ج٦/ ١٢٤.

(٦) سورة المائدة، الآية ٥.

المسْلمين اليوم إلى تقديم الزَّواج بالمسلمات على الكتابيات، فأعلن الشّيخ محمّد أبو زهرة[١] أن «الأولى للمسلم ألا يتزوج إلا مسلمة لتمام الألفة من كل وجه»[٢]. ولاحظ الشّيخ محمّد الطّاهر بن عاشور أن المفسرين لم يعرّجوا على بيان المناسبة لذكر حل المحصنات من المؤمنات في أثناء إباحة طعام أهل الكتاب وإباحة تزوج نسائهم فأوضحها بقوله: «عندي أنّه إيماء إلى أنهنَّ أولى بالمؤمنين من محصنات أهل الكتاب»[٣]. ورجح الشّيخ الدكتور يوسف القرضاوي أن الأصل في المسألة هو الإباحة لآية المائدة، فإذا أفضى زواج المسلمين بنساء أهل الكتاب إلى مفاسد انقلب الحكم إلى المنع[٤]. وهو قول الدكتور محمّد الروكي والدكتور أحمد الريسوني. أما الدكتور محمّد الروكي فذكر في بيانه لواقع زواج المسلمين بالأجنبيات في بلادهن ولرأيه فيه أن الأصل في الزَّواج بغير المسلمة الإباحة «إذا كانت من أهل الكتاب لقوله تعالى: ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ ﴾[٥]، ولكن هذه الإباحة قد تنقلب إلى حظر إذا كان هذا

---

(١) هو الشّيخ أبو زهرة محمّد بن أحمد من الفقهاء المجتهدين في هذا العصر، ولد بمصر سنة ١٣١٦هـ الموافق لـ١٨٩٨م قال الزركلي: «اشتغل بالتعليم فعين أستاذا محاضرا للدراسات العليا في الجامعة سنة ١٩٣٥، وعضوا للمجلس الأعلى للبحوث العلميّة». من تأليفه التي فيها آراؤه في أحكام الأسرة: كتاب الأحوال الشخصيّة، وكتاب محاضرات في عقد الزَّواج وآثاره، وكتاب تنظيم الإسلام للمجتمع. توفي بالقاهرة سنة ١٩٧٤. ترجمته في الأعلام لخير الدّين الزركلي: ج٦/ ٢٦.

(٢) الأحوال الشخصيّة للشيخ محمّد أبو زهرة: ١٠٤.

(٣) التحرير والتنوير: ج٦/ ١٢٣-١٢٤.

(٤) ضرب الشّيخ الدكتور يوسف القرضاوي مثلاً لما ينبغي تقييده في هذه المسألة من أجل مفسدته زواج المسؤولين في البلاد الإسلاميّة بغير المسلمات فذكر أن «من تقييد المباح (...) منع كبار ضباط الجيش أو رجال السلك الدبلوماسي من الزَّواج بأجنبيات خشية تسرب أسرار الدّولة عن طريق النّساء إلى جهات معادية، ومثل ذلك إذا خيف أن يُحيف ذلك على البنات المسلمات وذلك في مجتمع الأقليات الإسلاميّة الصغيرة والجاليات الإسلاميّة المحددة العدد» (ينظر كتابه: الاجتهاد في الشريعة الإسلاميّة: ١٦٧).

(٥) سورة المائدة، الآية ٥.

الزَّواج سيفتن الزّوج عن دينه أو يفسد عليه أولاده ويبدل دينهم، وهذا هو واقع كتابيات هذا العصر إذا كان فيه كتابيات. (...) وإذا أضفنا إلى ذلك أثر قوانين بلاد المهجر على المسلم وبيته ومستقبله حينما يتزوج بنصرانيّة وانعكاسات هذا الزَّواج على المسلمات المؤمنات وما يسببه لهن من كساد وبوار؛ فإننا لا نتردد في منع هذا الزَّواج وحظره على المسلم درءاً لهذه المفاسد»[١]. وأما الدكتور أحمد الريسوني فذكر من أمثلة المسائل المباحة في الأصل التي تفضي في الغالب إلى مفسدة؛ زواج المسلمين من الكتابيات في بلدانهن، فقال: «ما أقصده الآن من مسألة الزَّواج بالكتابيات؛ هو الزَّواج بهن في أوطانهن من قبل أبناء المسلمين من طلبة وعمال ممن تطول إقامتهم أو تدوم، فقد أصبح الغالب عليه الإفضاء إلى مفاسد ومحرمات يقع فيها الزّوج نفسه، ويتعرض لها الأبناء خاصة؛ فقد يصل ذلك إلى حد التنصر، وقد يؤدي إلى حياة لا دينية وهو أسوأ من التنصر، وقد ينشأ الأبناء مذبذبين لا إلى الإسلام ولا إلى النصرانيّة ولا إلى اللادينية. وقد يصبح الزّوج نفسه على هذه الحالة. وأما الإفضاء إلى المحرّمات العملية كالخمر والخنزير وعدم الصلاة فحدث ولا حرج، ولا ينجو من هذه المزالق إلا القليل جداً ممن تزوجوا بالنصرانيات أو اليهوديات»[٢]. ظاهر هذه الأقوال أن الحكم الأصلي في المسألة الذي هو الإباحة قد ترتب على العمل به اليوم مفاسد عظمى قلبته إلى المحظور ومن أجل هذا وضع الشّيخ القرضاوي أربعة قيود لزواج المسلم اليوم بالمرأة من أهل الكتاب هي:

- أن يستوثق المسلم من كون المرأة التي أراد نكاحها هي فعلاً كتابيّة.
- أن تكون محصنة كما وصفتها الآية.
- أن لا تكون من قوم يعادون المسلمين ويحاربونهم.
- أن لا يكون من وراء الزَّواج بها فتنة أو ضرر محقق أو مرجح[٣].

---

(١) مقال: «القضايا الاجتماعيّة للجاليات الإسلاميّة في البلدان العربيّة» للدكتور محمّد الروكي منشور بجريدة المحجة: عدد ٢٤.

(٢) نظرية التقريب والتغليب للدكتور أحمد الريسوني: ٤٢١.

(٣) ينظر فتاوي معاصرة للشيخ القرضاوي: ج٢/ ٩٦-١٠٢.

وإنه بنظره إلى واقع زواج المسلمين بالكتابيات لاحظ أنّه عار من هذه القيود، فدعا إلى القول بمنعه إلا لضرورة وأعلن أن «الزّواج من غير المسلمات في عصرنا ينبغي أن يمنع سداً للذريعة إلى ألوان شتى من الضرر والفساد، ودرء المفسدة مقدم على جلب المصلحة، ولا يسوّغ القول به إلا لضرورة قاهرة[١] أو حاجة ملحة وهو يقدر بقدرها»[٢].

والقول الثّاني: أنّه يمنع نكاحهن على المسلمين وهو مذهب ابن عمر رضي الله عنهما[٣] وبه أخذ الشّيخ عبد الله بن الصديق[٤] والشّيخ عبد الله بن زيد آل محمود[٥] من الفقهاء المعاصرين، فإن الأصل عندهما في هذه المسألة هو أنّه يحرم على المسلم أن يتزوج كافرة، وأن الشّارع رخص في نكاح الكتابيّة لعذر غير متحقق في هذا العصر. قال الشّيخ عبد الله بن الصديق: «الأصل هو تحريم نكاح الكافرات؛ لأن اختلاف الدّين بين الزّوجين يوجب تنافراً لا يهنأ معه عيش، ثم رخص الشّارع في الزّواج الكتابيّة لعذر كما حصل للصحابة في زمن الفتح بالكوفة (...) ولا ضرورة مع وجود المسلمات العفيفات اللائي يطمئن الزّوج لعفتهن ولبكارتهن»[٦]. وصرح الشّيخ عبد الله بن زيد بأنّه «لا يحل المسلم أن يتزوج بامرأة كافرة لا تصوم ولا تصلي وتكذب بالقرآن وبالرسول لقول الله تعالى: ﴿وَلَا تُمۡسِكُوا بِعِصَمِ

---

(١) سيأتي في هذا المبحث قول الشّيخ عبد الله بن الصّديق أن لا ضرورة تدعو المسلمين اليوم للزواج بغير المسلمات.

(٢) فتاوي معاصرة للشيخ القرضاوي: ج٢/ ١٠٤.

(٣) سبق ول ابن رشد إن الجمهور يختلفون مع عبد الله بن عمر رضي الله عنهما في هذه المسألة.

(٤) هو الشّيخ أبو الفضل عبد الله بن الصّديق الغماري من الفقهاء المغاربة المعاصرين، ولد آخر يوم من جمادى الأولى سنة ١٣٢٨هـ بطنجة. درس على يد مجموعة علماء من مختلف الأقطار العربيّة، أولهم بالمغرب والده سيدي محمّد بن الصّديق، وأخوه أبو الفيض السيد أحمد بن الصّديق، وبمصر الشّيخ محمّد بخيت بن حسين المطيعي، توفي يوم الخميس ١٩ شعبان ١٤١٣هـ الموافق سنة ١٩٩٣. ترجمته في كتابه: سبيل التوفيق في ترجمة عبد الله بن الصديق.

(٥) هو الشّيخ عبد الله بن زيد آل محمود من علماء قطر كان رئيس المحاكم الشرعيّة بها.

(٦) دفع الشك والارتياب للشيخ عبد الله بن الصديق: ٢٤.

الْكَوَافِرِ ﴾[١]، وقوله: ﴿ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ ﴾[٢]، (...) وقد يستدل بعضهم بأن نكاح النصرانيّة جائز في الشّرع وفي القرآن، ونحن نؤمن بشرع الله ولا نكذب بكتاب الله، فقد أباح الله ذلك للتوسع والتسهيل في دخول دين الإسلام وانتشاره بين الأمم بإظهار سماحته (...) ثم إن نكاح الكتابيات مشروط بأن يكن محصنات (...)؛ وغالب نساء النصارى في هذا الزمان هن مسافحات أو متخذات أخدان (...) فأين الإحصان المشروط في القرآن والحالة هذه؟»[٣]. ظاهر هذا القول أن الشّيخ عبد الله بن زيد ينطلق من واقع شباب المسلمين اليوم إذ تعاطوا نكاح الكتابيات من دون مراعاة شرط الإحصان فيهن، مع أنّه ورد اشتراطه في القرآن للزواج بهن، وهو شرط يكاد ينعدم فيهن اليوم، فلم يتردد في التّصريح بما صرح به الشّيخ عبد الله بن الصّديق أن «نكاح مثلهن حرام على المسلم لا هن حلٌّ لهم ولا هم يحلُّون لهنَّ»[٤].

وهذا الحكم الذي ذهبا إليه بنياه على ما يلي:

بالنّسبة لعبد الله بن عمر رضي الله عنهما فإنّه بنى قوله بتحريم زواج المسلم بنساء أهل الكتاب على كون الكتابيّة من أهل الشرك الذين حرم الله على المسلمين نكاح نسائهن في قوله: ﴿ وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ ﴾[٥]، فقد أخرج البخاري عن نافع عنه أنّه كان إذا سئل عن نكاح النصرانيات واليهوديات قال: «إن الله حرم المشركات على المؤمنين، ولا أعلم من الإشراك شيئاً أكبر من أن تقول المرأة ربها عيسى وهو عبد من عباد الله»[٦]. واختلف العلماء

---

(١) سورة الممتحنة، الآية ١٠.

(٢) المصدر نفسه.

(٣) مجموعة رسائل الشّيخ عبد الله بن زيد: ٤١٩-٤٢٣.

(٤) المصدر نفسه: ٤٢٠.

(٥) سورة البقرة، الآية ٢١٩.

(٦) صحيح البخاري: كتاب الطّلاق، باب قول الله تعالى: ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ ﴾. رقم الحديث ٥٢٨٥.

في تأويل جوابه هذا[١] وردوه من وجهين أحدهما: أن آية البقرة التي حرم الله فيها على المسلمين نكاح المشركات مخصوصة بآية المائدة التي أباح الله فيها المسلمين التزوج بالمحصنات من أهل الكتاب، والثاني: هو استعمال الآيتين بحصر المشركات في آية البقرة في الوثنيات والمجوسيات فيكون التّحريم قاصراً عليهن، ويبقى نكاح الكتابيات مباحاً لآية المائدة. وهذا القول نسبهُ ابن قدامة إلى بعض أهل العلم[٢]، وهو اختيار ابن عبد البر[٣].

وبالنّسبة للشيخين عبد الله بن الصّديق وعبد الله بن زيد آل محمود فأيدا أخذهما بقول ابن عمر بما يلي:

١- كون نساء أهل الكتاب اليوم لا يعرفن عفافاً ولا إحصاناً، لأن البيئة التي يعشن فيها لا تعير اهتماما للعرض، والتعليم الذي يتلقينه فيها يعطيهن كمال الحرية في التصرُّف في أنفسهن كيف شئن من دون مانع فيتعارفن على إباحة الزنى وشرب الخمر ومصاحبة من يحببن من أخذان وإن كن متزوجات، إذ لا يرى أزواجهن في ذلك عاراً عليهم ولا عليهن لتربيتهم جميعاً على عدم الغيرة على أعراضهم. وهو ما بيَّنهُ الشّيخ عبد الله ابن الصّديق في قوله: «زواج بالنصرانيّة في هذا العصر فيه مفاسد كثيرة توجب تحريمه، منها (...) أنها لا تغتسل من الحيض وزوجها لا يأمرها بذلك (...) ومنها أن النصرانيّة لا تلتزم بالحجاب الشرعيّ ولا تعرفه، فهي تلتقي بأصحاب زوجها المسلم وهي عارية الصدر مكشوفة الذراعين في حضوره وغيبته وفي الدَّار وخارج الدَّار وهو لا ينكر ذلك بل ربما يرضاه ويقره، ومنها أن النصارى لا يعرفون البكارة ولا يهتمون بها»[٤]. وقال الشّيخ عبد الله بن زيد: «لا

(١) يدل على اختلافهم في تأويل جواب عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن الماوردي حمله على الكراهة، فذكر أن ابن عمر «كره ولم يحرم، فلم يصر مخالفاً». (بنظر الحاوي الكبير: ج٩/ ٢٢٢). بينما حمله النحاس على التورع كما نقله عنه ابن حجر. (ينظر فتح الباري: ج١٠/ ٥٢٢ عند شرح الحديث رقم ٥٢٨٥).

(٢) ينظر المغني: ج٧/ ٥٠٠-٥٠١.

(٣) ينظر الاستذكار: ج١٦/ ٢٧١.

(٤) دفع الشك والارتياب: ١٩.

تنس أن النّساء الكتابيات الأول كان لهن عوائد قديمة حسنة من العفاف والإحصان غير نساء هذا الزمان الذي استفاض من أخلاقهن جواز الزنى الواقع بالتراضي لكون نظام قانونهم يبيح ذلك لهن»[١]، إنهنَّ بحالهنَّ هذه داعيات إلى النار كما قال تعالى: ﴿ أُولَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ ﴾[٢].

من أجل هذا ذهب الشّيخ عبد الله بن الصّديق إلى القول بفساد عقد زواج المسلم اليوم بالمرأة من أهل الكتاب، ووصف العيش معها بأنّه عيش في زنى فقال: «المتزوج بالنصرانيّة اليوم إنما يتزوج بزانية؛ لأن عقد زواجها غير صحيح فهما زانيان، وإلى هذا يشير قول عمر الملهم: «فإني أخشى أن تعاطوا المومسات»[٣]، يريد أن المسلمين سيكثرون التزوج بالكتابيات على وجه حرّمه الشّرع كما هو حاصل الآن، فيكون الزَّواج زنى والكتابيّة مومسة»[٤].

٢- كون نساء أهل الكتاب اليوم من أمة تحارب الإسلام والمسلمين، وقد ذكر هذا الشّيخ عبد الله بن الصّديق وأيد به قوله بتحريم الزَّواج بهن فقال: «إذا كانت الكتابيات من أمة حربية كما هو الحال في هذا العصر؛ فالزّواج بهن حرام بالإجماع[٥](...) والزّواج بهن يعتبر زنى؛ لأنه على خلاف ما حدَّثَ الشارع، وهو أحد أنواع الزنى التي تقع اليوم باسم الزّواج»[٦].

---

(١) مجموعة رسائل الشّيخ عبد الله بن زيد: ٤٢٢.

(٢) سورة. البقرة، الآية 221.

(٣) السنن الكبرى للبيهقي: ج٧/ ١٧٢.

(٤) دفع الشك والارتياب: ١٧.

(٥) لا ينبغي التسليم بدعوى الشّيخ عبد الله بن الصّديق الإجماع على تحريم زواج المسلم بالكتابيّة التي هي من قوم يحاربون المسلمين، فالمسألة خلاقية بلا شك، فقد ذهب الأحناف إلى جواز نكاحها، وقرر مذهبهم الجصاص في أحكامه. نعم نقل المنع عن جماعة كعليّ وابن عباس، فيثبت أن أقصى ما يمكن القول فيها إن المنع منقول عن أكثر أهل العلم، وأمّا أن يكون مجمعا عليه فلا.

(٦) دفع الشك والارتياب: ٢٤.

٣- كون زواج المسلمين بالكتابيات اليوم ينتج عنه ضرر بالمسلمات والأبناء، وقد اتفق الشّيخ عبد الله بن الصّديق والشّيخ عبد الله بن زيد على هذه النتيجة وأكداها بما دلت عليه التجارب في إلحاق الضرر بالمسلمات وتأثر الأبناء بأمهاتهم الكتابيات:

أ- أما تضرر المسلمات من زواج المسلمين بالكتابيات فيحصل بسبب زهد المسلمين فيهن وتقديمهم الزَّواج بالكتابيات على الزواج بهن مما يجبر غالبيتهن على البقاء في شقاء العنوسة فيلجأ بعضهن إلى الفساد، وأكد الشّيخ عبد الله بن الصّديق أنّه «قد حصل هذا؛ فقد ترك كثير الزَّواج بالمسلمات، وهرعوا إلى الزَّواج بالنصرانيات حباً لجمالهن مع ما في ذلك من مفاسد»[١]، وكذلك قال الشّيخ عبد الله بن زيد: «إنه متى سمح لشباب المسلمين من البلدان العربيّة في زواج من يشتهونه من النصرانيات واليهوديات؛ فإنّه يترتب عليه فتنة في الأرض وفساد كبير؛ فإنّه من لوازمه أن تبقى البنات العذارى المسلمات عوانس وأيامى في بيوت آبائهن يأكلن شبابهن وتطوى أعمارهن سنة بعد سنة»[٢]. وذكرا معاً أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه حذر من هذا فيما رواه البيهقي عن أبي وائل، قال: «تزوج حذيفة رضي الله عنه يهوديّة فكتب إليه عمر أن يفارقها وقال: إني أخشى أن تدعوا المسلمات وتنكحوا المومسات»[٣]، مما يستوجب دفع هذا الضرر عن المسلمات بما يجلب لهن المصلحة، وأوضح الشّيخ عبد الله بن زيد أن ما فعله عمر بن الخطاب هو «من حسن نظره لرعيته وهو الحكيم في سياسته وسيادته حيث سد باب الفتنة عن المسلمين، إذ عندهم من النّساء الحسان المسلمات ما يغني شبابهم ويكفيهم عن النّساء الكافرات. والمسؤولية أمام الله وأمام الخلق تقع على كاهل حكام المسلمين الذين جعلهم الله رعاة على العباد وحراساً للبلاد عن دخول الكفر والإلحاد»[٤].

---

(١) دفع الشك والارتياب: ١٥

(٢) مجموعة رسائل الشّيخ عبد الله بن زيد: ٤٢٤.

(٣) السنن الكبرى البيهقي: ج٧/ ١٧٢.

(٤) مجموعة رسائل الشّيخ عبد الله بن زيد: ٤٢٥.

ب- وأما تضرر الأبناء من هذا الزَّواج فيظهر في اتباعهم - في الغالب - عقيدة أمهاتهم، وهذه مفسدة عظمى؛ لأن «الزوج إذا مات ضمتهم الأم إليها وربتهم على دينها، وإذا طلقها فلا يسمح له القانون أن يأخذ أولاده[١]، بل يبقون مع والدتهم النصرانيّة»[٢]. وقد أكد هذا الشّيخ عبد الله بن زيد بذكره أنّه «التجارب أفادت أن أولاد

---

(١) أرسل أحد المواطنين المغاربة إلى وزير العدل المغربي رسالة يشكو إليه فيها أمره بعد أن حكم القضاء المغربي بتأييد حكم القضاء الفرنسي بأحقية الأم الفرنسية في أخذ أبنها معها بعد أن غادرت بيت الزوجيّة وانتقلت إلى بلدها فرنسا. وهذا نص الشكوى: «أنا مواطن مغربي، مهنتي مهندس معماري- سبق لي أن تزوجت فرنسية أشهرت إسلامها بمحضر الشّيخ الدكتور محمّد الفاسيّ مدير مكتب الأمير تركي بن عبد العزيز بتاريخ ٢٧/ ١٢/ ١٩٨٤ ضمن عدد ٧٩٥ صحيفة ٥٩ كناش عدد ١٠/ ٨٤ حسب رسم إشهار الإسلام، حيث اختارت من الأسماء آمنة عوض أني رودي. كما تم عقد القران بيننا وفق الشريعة الإسلاميّة على مذهب الإمام مالك وبحضور عدلين مغربيين مسلمين. وقد رزقنا الله ولدا ذكرا عاش بالمغرب منذ شهره الخامس إلى الآن تحت رعاية والدي المسلمين إلى أن صار عمره تسع سنوات.

وفي سنة ١٩٩٠ تركت الزوجة بيتها وابنها وانتقلت إلى فرنسا حيث رفعت دعوى الطّلاق لدى المحاكم الفرنسية التي مكنتها من ذلك دون مراعاة ولا أكتراث للطريقة التي عقد بها القران وفق الشريعة الإسلاميّة، وقد رفعت دعوى الحضانة دون موجب حق ما دامت غير مطلقة، وبعدما حكمت المحكمة الابتدائية بعدم قبول الدعوى استأنف الحكم لتقضي محكمة الاستئناف بتسليم الطفل إليها. كيف تم ذلك؟ وعلى أي أساس وأي سند قانونيين؟ أمام هذه الوضعية حاولت الاتصال بسيادتكم مراراً إلا أنني كنت أمنع من مقابلتكم، علماً منّي أني أعلم أن بابكم مفتوح لكل المواطنين، ونزاهتكم معروفة لدى الجميع. وقد استمع إلى شكواي عدّة مسؤولين بوزارتكم دون جدوى ولا طائل، خصوصا وأنني الآن مهدد بتنفيذ الحكم الذي سيعرض ابني إلى ضياع هويته المغربيّة الإسلاميّة، ويجعل منه خادما جديه الفرنسيين المتقاعدين الهرمين خصوصا إذا علمتم أن أمه تمارس مهنة الطب ولا وقت لديها للاهتمام به ورعايته والإشراف على تربيته» (نشرت هذه الرسالة في جريدة بيان اليوم في يوم الثلاثاء ٣ نوفمبر ١٩٩٢).

فإذا كانت هذه الرسالة تحمل خشية الأب على هوية ابنه الذي بلغ من العمر تسع سنوات إذا ما انتقل إلى بلد أمه وهي أعلنت إسلامها؛ فإن الخشية من ضياع أبناء المسلمين بأتباعهم دين أمهاتهم الكتابيات تكون متحققة.

(٢) دفع الشك والارتياب: ١٩.

النصرانيّة وبناتها من المسلم يكونون نصارى محضاً بحيث ينشأون على عقيدة أمهم وسلوك طريقتها (...) وهذا مشهود به في مصر ولبنان وغيرهما من سائر البلدان التي يشيع فيها مثل هذا الزّواج، وحتى بنات النصرانيّة يستبحن النكاح بالنصارى تبعاً لرغبة أمهم كما جرى ذلك في بعض البلدان، وهو محرم في شرع الإسلام»[١]، يظهر من قولها هنا أن زواج المسلمين بالكتابيات اليوم يفضي إلى مفاسد كبرى، وإن من القواعد الشرعيّة المقررة - كما قال الشّيخ عبد الله بن الصديق - أن «الوسائل تعطي حكم المقاصد[٢]، فالوسيلة إلى الواجب واجبة والوسيلة إلى الحرام حرام»[٣].

هذا ما بنيا عليه قولها في المسألة، فعندهما أن زواج المسلمين بنساء أهل الكتاب رخصة من الله لهم تنعدم أسباب العمل بها اليوم فيرتفع الأخذ بها لفقد أسبابها.

ثانياً: سبب الاختلاف:

يرجع سبب اختلاف العلماء في المسألة إلى معارضة العموم في قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ ﴾[٤] للخصوص في قوله سبحانه: ﴿ الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ ﴾[٥]. فمن ذهب إلى القول بتحريم زواج المسلمين بالكتابيات تمسك بعموم آية البقرة وهو مذهب عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، ومن ذهب إلى القول بإباحته خصص هذا العموم بآية المائدة وهو مذهب الجمهور. قال ابن رشد: «وإنّما صار الجمهور لجواز نكاح

(١) مجموعة رسائل الشّيخ عبد الله بن زيد: ٤٢٠.

(٢) ينظر شرح مثل هذه القاعدة التقعيد الفقهيّ وأثرهُ في اختلاف الفقهاء للدكتور محمّد الروكي: ١٤٥-١٤٧.

(٣) دفع الشك والارتياب: ١٨.

(٤) سورة البقرة، الآية ٢٢١.

(٥) سورة المائدة، الآية ٥.

الكتابيات الأحرار بالعقد؛ لأن الأصل بناء الخصوص على العموم. أعني أن قوله تعالى: ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ ﴾ هو خصوص، وقوله: ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ ﴾ هو عموم، فاستثنى الجمهور الخصوص من العموم، ومن ذهب إلى تحريم ذلك جعل العام ناسخاً للخاص وهو مذهب بعض الفقهاء»[1].

ثالثاً: الترجيح:

يتبين من خلال عرض ودراسة أدلّة الفقهاء قديماً وحديثاً في المسألة أن القول الرّاجح فيها هو قول الجمهور بإباحة زواج المسلمين بنساء أهل الكتاب، فإن هذا الحكم هو الأصل فيها ما لم يترتب على العمل به مفسدة، فإذا أفضى إلى مفسدة انقلب إلى الحظر، وبهذا يفسر دوران قول الجمهور ومن أخذ بقولهم من الفقهاء المعاصرين بين العمل بالأصل في المسألة وهو الإباحة، ثم بالكراهة إذا كانت المرأة المراد الزَّواج بها من قوم يحاربون المسلمين وبين قولهم بالمنع.

وإنه بالنظر إلى مدى مطابقة حال نساء أهل الكتاب اليوم للضابط الذي ورد في آية المائدة وهو أن يكن محصنات، فإن هذا اللفظ يطلق على المرأة العفيفة التي أحصنت فرجها، لما روي عن مجاهد أن «المحصنات العفائف»[2]. وأوضح عامر الشعبي أن «إحصانها: أن تغتسل من الجنابة وأن تحصن فرجها من الزنى»[3]. وبهذا تخرج غير المحصنات من حكم الإباحة وهو مذهب جمهور الفقهاء. وهو ما وصفه ابن كثير بأنَّه «الأشبه لئلا تكون ذمية وهي مع ذلك غير عفيفة فيفسد حالها بالكلية»[4]. وهذا ثاني القيود الأربعة التي ذكرها الشّيخ الدكتور القرضاوي في المسألة. وزعم بعضهم أن «ليست عفة المرأة شرطاً للزواج بها باتفاق

(١) بداية المجتهد: ج٢/ ٤٤.

(٢) جامع البيان: ج٤/ ١٠٤.

(٣) المصدر نفسه: ج٤/ ٤٤٦ رقم: ١١٢٧٥.

(٤) تفسير ابن كثير: ج٢/ ٢١.

الفقهاء»[1]، وهو زعم يرد عليه أن تقييد الكتابيّة بأن تكون محصنة نزل به الوحي وليس من وضع أحد من البشر.

إذا علم هذا فإنا نصل إلى أن هذا الوصف عزيز اليوم في المجتمعات الغربيّة لأن «العهر هو القانون السائد (...) والتاريخ لم يعرف مدينة كرعت من الشهوات الحرام كما يحدث الآن في أقطار الغرب التي افتتنت في تزويق الأجساد واستفزاز الغرائز إلى أبعد الحدود»[2]. وبلغ الحال ببعضهن إلى المناداة بالحريّة الجنسية للمرأة[3]. وهنا يتنزل نهي عمر بن الخطاب عن زواج المسلمين بالكتابيات خشية أن يتعاطى المسلمون نكاح المومسات منهن. ومن أجل هذا لم يتردد الشّيخ عبد الله بن الصّديق في الحكم بأن من يتزوج بنصرانيّة اليوم إنما يتزوج بزانية[4]. وهو حكم غالب؛ لأنه يمكن أن توجد في أهل الكتاب «نسوة لهن بقايا وحي وعفاف ومعرفة بالله الواحد وقد يكون زواج المسلم منهن باباً إلى أن يعرفن الإسلام ويدخلن فيه، والأساس في هذا الزَّواج أن يشب الولد على دين أبيه وعباداته وفضائله، بيد أن ما يقع غير ذلك»[5].

ثم أنّه بالنظر إلى الحكمة من زواج المسلم بالمرأة من أهل الكتاب وهي «رجاء إسلامها»[6]، نظراً لأنه «يجمع بينهم وبين المسلمين اعتقاد وجود الله وانفراده بالخلق والإيمان بالأنبياء، ويفرق بيننا وبين النصارى الاعتقاد بِبُنُوَّة عيسى والإيمان بمحمد صلّى الله عليه وسلّم، ويفرق بيننا وبين اليهود الإيمان بمحمد صلّى الله عليه وسلّم وتصديق عيسى، فأباح

---

(١) ينظر شرح قانون الزَّواج المغربي لحماد العراقي: ١٢٥.

(٢) ينظر قضايا المرأة للشيخ محمّد الغزالي: ١٠٦.

(٣) ينظر وثيقة مؤتمر السكان والتنمية من الفقرة الأولى إلى الفقرة الحادية والعشرين من الفصل السّابع فقد جاء فيها النَّص على حماية الحياة الجنسية سواء منها التي تثور بين الجنسين أو التي تثور بين الأفراد من جنس واحد.

(٤) ينظر دفع الشك والارتياب: ١٧ و ٢٤.

(٥) ينظر قضايا المرأة: ١٠٧.

(٦) صرح بهذا الكاساني في بدائع الصنائع: ج٢/ ٢٧٠.

الله تعالى للمسلم أن يتزوج الكتابيّة ولم يبح تزوج المسلمة من كتابي اعتداداً بقوة تأثير الرّجل على امرأته»[١]؛ فإنّه يعسر أن تتحقق في واقع زواج المسلمين بالكتابيات اليوم، لانعدام تأثيرهم في الغالب عليهن، بل إن عكس هذا هو الذي قد يحصل حينما تؤثر المرأة الكتابيّة على زوجها المسلم فيتبعها في دينها، وهذا حرام، فيكون ما يُفضي إلى الحرام حراماً.

من أجل هذا، وجب تقييد زواج المسلمين اليوم بنساء أهل الكتاب بضرورة ملحة وهو واجب أولياء أمور المسلمين، قال الشّيخ الدكتور يوسف القرضاوي: «إن الذي أعطاه الشّرع لولي الأمر هو تقييد بعض المباحات لمصلحة راجحة في بعض الأوقات أو بعض الأحوال أو لبعض النَّاس، لا أن يمنعها منعاً مطلقاً مؤبداً»[٢].

---

(١) ينظر التحرير والتنوير: ج٢/ ٣٦٣.

(٢) الاجتهاد في الشريعة الإسلاميّة: ١٦٦.

المبحث الثالث

الشروط المقترنة بعقد النكاح[١]

توطئة:

الأصل في زواج المسلمين أن يبنى على الثقة فيما بينهم، يتقدم الرّجل عادة لخطبة المرأة فإذا اطمأنت وأهلها إليه تم قبول الزّواج. ولكن لما كان الأمر في الشّرع إلى المرأة خاصة في إبداء رأيها زواجها؛ فإنّ من النّساء من يوافقن عليه من غير شرط ولا قيد، ومنهم من يرين تقييد موافقتهن بشروط يحتطن بوضعها لأنفسهن، وتكون للرجل الحرية بين قبول الزَّواج بهذه الشروط أو رفضه، وأيضاً يمكن أن تصدر الشروط من الرّجل ويكون القول قول المرأة في قبولها أو رفضها عند العقد، وهذه المسألة ناقشها الفقهاء قديماً.

أولاً: آراء وأدلة الفقهاء في المسألة:

اختلف الفقهاء فيما يلزم من الشروط التي تقترن بعقد النّكاح وما لا يلزم منها على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنّه يصح من الشروط ما لم يرد في الشّرع بطلانه، ويبطل منها كل شرط يمنع فعلاً مباحاً في الشرع. وهو قول الإمامين مالك في رواية عنه[٢] والشافعيّ، فإنّ الشروط في

---

(١) المراد بالشروط هنا: ما يتواعد عليه المتعاقدان عند عقد النكاح مما لا يخالف مقتضي العقد ويحقق لأحدهما نفعه وفائدته.

(٢) وجبت الإشارة إلى أن الإمام مالكا كان يكره الشروط في النكاح ويجب أن يبني الزَّواج على حسن اختيار الزّوجين لبعضهما البعض فيقول: «أشرت على قاض منذ دهر أن ينهى النَّاس أن يتزوجوا على الشروط وأن لا يتزوجوا إلى على دين الرّجل وأمانته، وأنه كتب بذلك كتابا وصيح به في الأسواق». (ينظر البيان والتحصيل=

النّكاح عندهما تنقسم على قسمين، أحدهما شروط صحيحة يجب الوفاء بها.

وهي كل شرط لم يدل الشّرع على بطلانه. قال الشافعيّ: «إنه إنما يوفي من الشروط ما يبين أنّه جائز ولم تدل سنة رسول الله صلّى الله عليه وسلّم على أنّه غير جائز[1]».

والقسم الثّاني: شروط باطلة لا يفسد بها العقد، وهي كل شرط يمنع أحد الزّوجين من فعل مباح في الشرع؛ كأن تشترط المرأة على زوجها أن لا يتزوج امرأة غيرها، أو لا يتسرى عليها، أو لا يخرجها من بلدها، أو لا يمنعها من حضور الصلوات في المسجد ونحو هذا. جاء في المدوّنة الكبرى: «قلت: أرأيت إن تزوج امرأة على أن لا يتزوج عليها، ولا يتسرر أيفسخ هذا النّكاح وفيه هذا الشرط إن أدرك قبل البناء في قول مالك؟ قال: قال مالك: النّكاح جائز والشرط باطل. قلت: لم أجاز هذا النّكاح وفيه هذا الشرط؟ قال: قال مالك: قد أجازه سعيد بن المسيب وغير واحد من أهل العلم[2]، وليس هذا من الشروط التي يفسد بها النّكاح[3]».

= لابن رشد الجد: ج٤/ ٤٤٣). ونحوه في المقدمات الممهدات: ٥٩-٦٠).

هذا هو الأصل عنده في الزّواج، فأبطل كل شرط يمنع أحد المتعاقدين من إتيان المباحات، ولم ير تأثير اشتراطه في العقد ببطلانه، واستثني الإمام مالك من هذا الحكم بالبطلان ما إذا ورد الشرط مقيداً بيمين فإنّها تلزم صاحبها سواء علق يمينه بطلاق أو عتاق. (ينظر الموطأ: كتاب النّكاح، باب ما لا يجوز من الشروط في النّكاح: ٤١٩ رقم ١٦ وينظر شرحه المنتقي للباجي: ج٣/ ٢٩٧ وكذا الاستذكار لابن عبد البر: ج ١٦/ ١٤٣).

فإذا لم يرد الشط مقيداً بشيء فإنّه لا يكون لازماً عنده، وذهب بعض المالكيّة إلى استحباب الوفاء به (ينظر البيان والتحصيل: ج٤/ ٢٩٥).

(١) الأم: ج ٥/ ٨٠.

(٢) منهم الحسن البصري وإبراهيم النخعي والشعبي ومحمّد بن سيرين، ذكرهم جميعاً ابن عبد البر في الاستذكار: ج١٦/ ١٤٣-١٤٥.

(٣) المدونة الكبرى: ج٢/ ١٩٧.

وقال الشافعيّ: «ولو نكح بكراً أو ثيباً بأمرها على ألف على أن لها أن تخرج متى شاءت من منزله، وعلى أن لا تخرج من بلدها، وعلى أن لا ينكح عليها، ولا يتسرى عليها، أو أي شرط ما شرطته عليه مما له إذا انعقد النّكاح أن يفعله ويمنعها منه، فالنّكاح جائز والشرط باطل[١]»، ثم بين الشروط التي يحسبها مخالفة لكتاب الله ولسنة رسوله صلّى الله عليه وسلّم أو لأمر اجتمع النَّاس عليه بقوله: «أحل الله للرجل أن ينكح أربعاً وما ملكت يمينه. فإذا اشترطت عليه أن لا ينكح ولا يتسرى حظرت عليه ما وسع الله تعالى عليه». (.....) ولم يختلف أحد علمته في أن له أن يخرجها من بلد إلى بلد، ويمنعها من الخروج. فإذا اشترطت عليه أن لا يمنعها من الخروج ولا يخرجها؛ شرطت عليه إبطال ما له عليها. قال الله تبارك وتعالى: ﴿ فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلاَّ تَعُولُواْ ﴾[٢]، فدل كتاب الله تعالى على ان على الرّجل أن يعول امرأته، دلت عليه السُّنَّة. فإذا شرط عليها أن لا ينفق عليها أبطال ما جعل لها وأمر بعشرتها بالمعروف، ولم يبح له ضربها إلا بحال. فإذا شرط عليها أن له أن يعاشرها كيف شاء، وأن لا شئ عليه فيما نال منها، فقد شرط أن له أن يأتي منها ما ليس له. فبهذا أبطلنا هذه الشروط وما في معناها ولها مهر مثلها»[٣].

وهذا القول مروى عن على بن أبي طالب وسعيد بن المسيب، فروى عبد الرازق بسنده إلى عليٍّ رضي الله عنه أنّه رفع إليه رجل تزوج امرأة وشرط لها دارها فقال على: «شرط الله قبل شرطها[٤] ولم يرها شيئا[٥]». وذكر الإمام مالك أنّه بلغه أن سعيد بن المسيب سئل عن امرأة تشترط على زوجها أنّه لا يخرجها من بلدها؛ فقال سعيد: يخرج بها إن شاء الله»[٦].

---

(١) الأم: ج ٥/ ٧٩.

(٢) سورة النساء، الآية ٣.

(٣) المصدر نفسه: ج٥/ ٧٩-٨٠.

(٤) فسر ابن عبد البر قول عليّ: «شرط الله قبل شرطها»، بأنه قوله تعالى: ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ ﴾ (ينظر الاستذكار: ج ١٦/ ١٤٤).

(٥) مصنف عبد الرازق: ج ٦/ ٢٣١.

(٦) الموطأ: كتاب النّكاح، باب ما لا يجوز من الشروط في النّكاح ج ٢/ ٤١٩.

وبهذا القول أخذ أبو الشتاء الصنهاجيّ[١] إذ قسم الشروط في النّكاح على ثلاثة أقسام؛ «شروط منافية لمقتضي العقد (...) شروط منافية للعقد (...) وشروط لا تعلق لها بالعقد فلا يقتضيها هو ولا تنافيه هي. نعم فيها مصلحة لمن اشترطها مثل شرط الزوجة ان لا يتزوج عليها أو عدم المغيب عنها (...) وحكمها – كما قال ابن الحاجب[٢]- الكراهة لما فيها من التجني عليه، ولا يلزم الوفاء بها وإنّما يستحب ألا يعلق الزّوج عليها الطّلاق[٣]، كأن يقول: إن تزوجت عليها فطلاقها بيدها فيلزم الشرط حينئذ[٤]». وأيضاً أخذ به الشّيخ أبو زهرة فلم ير الالتزام بشرط إلا إذا وجد دليل شرعيّ يثبت إلزامه فقال: «إننا نرى أن الأوّلى والصالح أن تبقى الشروط في الزَّواج خاضعة لمذهب أبي حنيفة بعد الدخول فلا نفسخ للشرط بعد، إذ هو مذهب جمهور الفقهاء. ولو أننا أخذنا بمذهب أحمد في الشروط المقترنة بالزّواج حتّى بعد الدخول؛ لكانت آثار عقد الزَّواج متأثرة بإرادة العاقدين، ويذهب عن الحياة الزوجيّة ما يحاط بها من قدسية ويتقارب الزَّواج الإسلاميّ من الزَّواج المدني (...)، ولأننا لو جعلنا باب الشروط مفتوحاً، والوفاء بها في كل الأحوال لازماً؛ لاضطربت الحياة الزوجيّة أيما اضطراب (...). ولقد أحسن أولياء الأمر في مصر إذ رفضوا الأخذ به على إطلاقه[٥]». ظاهر هذه النّصوص أن ما أباحه الله للأزواج لا يملك أحد منعه بشرط حين العقد، والعمل بهذا القول صار مبدأً قانونياً يعمل به في المحاكم السورية[٦].

---

(١) هو أبو الشتاء الصنهاجيّ، أحد العلماء المغاربة في هذا القرن، اشتهر بالتدريس بفاس، له مجموعة اجتهادات في أحكام الأسرة.

(٢) هو أبو عمرو عثمان بن عمر الرويني ثم المصري المعروف بابن الحاجب توفي سنة ٦٤٦هـ، ترجمته في الديباج المذهب: ج٢/ ٨٩ رقم٦.

(٣) ينظر الموطأ: كتاب النّكاح، باب ما لا يجوز من الشروط في النّكاح: ٤١٩.

(٤) ينظر التدريب على الوثائق العدلية لأبي الشتاء الصنهاجيّ: ٨٠-٨١.

(٥) محاضرات في عقد الزَّواج وآثاره للشيخ محمّد أبو زهرة:٢١٥.

(٦) ينص هذا المبدأ على أن «الشرط الوارد في عقد النّكاح المقيد لحرية الزّوج في أعماله الخاصة غير ملزم». (ينظر كتاب المبادئ القانونية لعزة ضاحي: ١٥٧ رقم ٥٦٩).

ومما احتجّ به أصحاب هذا القول قوله صلّى الله عليه وسلّم: «ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله تعالى؟ ما كان من شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل ولو كان مائة شرط. قضاء الله أحق وشروطه أوثق فإنما الولاء لمن أعتق[١]». فأخذوا منه أن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أبطل الشروط التي لم يرد ثبوتها في الكتاب والسُّنَّة؛ فثبت عندهم أن كل شرط لم ينص عليه الشّرع فهو شرط ليس في كتاب الله، فيكون باطلاً كاشتراط المرأة أن لا يتزوج عليها زوجها، وهذا ما أوضحه الشافعيّ بقوله: «فإن قال قائل فلم لا تجيز عليه ما شرط لها وعليها ما شرطت له؟ قيل: رددت شرطهما إذا أبطلا به ما جعل الله لكل واحد، ثم ما جعل النبي صلّى الله عليه وسلّم. وبأن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال: «ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله تعالى؟ الحديث». فأبطل رسول الله صلّى الله عليه وسلّم كل شرط ليس في كتاب الله جل ثناؤه إذا كان في كتاب الله أو في سنة رسوله صلّى الله عليه وسلّم خلافه[٢]». وقال الزيلعي: «ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل[٣]»، وليس فيه هذه الشروط. وقال عليه الصلاة والسلام: (المسلمون عل شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً[٤]) وهذه الشروط تحرم الحلال كالتزوج والمسافرة بها والتسري ونحو ذلك فكانت مردودة»[٥].

وأوضح ابن عبد البر أن «معني قوله هنا (في كتاب الله)، أي في حكم الله وحكم رسوله أو فيما دل عليه الكتاب والسُّنَّة فهو باطل. والله قد أباح نكاح أربع نسوة من الحرائر وما شاء مما ملكت يمينكم، وأباح أن يخرج بامرأته حيث شاء وينتقل بها حيث انتقل، وكل شرط

(١) صحيح البخاري: كتاب الشروط، رقم الحديث: ٢٧٧٩، وصحيح مسلم بشرح النووي: كتاب العتق رقم الحديث ١٥٠٤م٣.

(٢) الأم: ج ٥/ ٧٩.

(٣) طرف من حديث سبق تخريجه.

(٤) المصدر نفسه.

(٥) تبين الحقائق للزيلعي: ج٢/ ١٤٩.

يخرج المباح باطل[١]».

والقول الثّاني: أنّه يلزم من الشروط «ما يعود إليها- يعني المرأة - نفعه وفائدته مثل أن يشترط لها أن لا يخرجها من دارها أو بلدها أو يسافر بها أو لا يتزوج عليها ولا يتسرى عليها، فهذا يلزمه، فإنّ لم يفعل فلها فسخ النّكاح[٢]»، ولا يلزم منها كل شرط ينافي مقتضي العقد[٣].

فيبطل ويبقي العقد صحيحاً، وكذلك كل شرط يبطل العقد[٤]. وهذا قول الإمام أحمد، فعنده أن الأصل في الشروط المقترنة بعقد النّكاح هو الجواز والصحة، ولا يبطل منها إلا ما دل الشّرع على بطلانه.

وبهذا القول أخذ ابن تيمية وابن القيم، أما ابن تيمية فوصفه بأن أعدل الأقوال وأوسطها في المسألة[٥]. وأفتي به حين «سئل عن رجل تزوج بامرأة فَشُرِطَ عليه عند النّكاح أن لا يتزوج عليها ولا ينقلها من منزلها، وكانت لها ابنة فَشُرِطَ عليه أن تكون عند أمها وعنده

---

(١) الاستذكار: ج ١٦/ ١٤٩.

(٢) ينظر المغني: ج ٧/ ٤٤٨.

(٣) من أمثلة الشروط التي تنافي مقتضى العقد عند الحنابلة «أن يشترط أن لا مهر لها، أو أن لا ينفق عليها أو إن أصدقها رجع عليها أو تشترط عليه أن لا يطأها أو يعزل عنها أو يقسم لها أقل من قسمة صاحبتها أو أكثر أو لا يكون عندها إلا ليلة أو شرط لها النهار دون الليل أو شرط على المرأة أن تنفق عليه أو تعطيه شيئاً. فهذه الشروط كلها باطلة في نفسها؛ لأنّها تنافي مقتضي العقد ولأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلم تصح (...). أما العقد في نفسه فصحيح؛ لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به فلم يبطل كما لو شرط في العقد صداقاً محرماً. (ينظر المغني: ج٧/ ٤٥٠).

(٤) ومن أمثلة ما يبطل العقد من الشروط عندهم «أن يشترط تأقيت النّكاح وهو نكاح المتعة، أو يطلقها في وقت معين أو يعلقه على شرط مثل يقول: تزوجتكِ إن رضيت أمها أو فلان أو بشرط الخيار في النّكاح لها أو لأحدهما. فهذه شروط باطلة في نفسها ويبطل بها النّكاح، وكذلك إن جعل صداقها تزويج امرأة أخرى وهو نكاح الصغار».(ينظر المغني: ج ٧/ ٤٥١).

(٥) مجموعة الفتاوى لابن تيمية: ج ٣٢/ ١٠٨.

ما تزال فدخل على ذلك كله فهل يلزمه الوفاء؟ وإذا أخلف هذا الشرط فهل للزوجة الفسخ أم لا؟ فأجاب: الحمد لله، نعم تصح هذه الشروط وما في معناها في مذهب الإمام أحمد وغيره من الصحابة والتابعين كعمر بن الخطاب[1]، وعمرو بن العاص رضي الله عنهم وشريح القاضي والأوزاعي وإسحاق[2]». وهو يرى أن «الأصل في الشروط الصحة واللزوم إلا ما دل الدليل على خلافه. وقد قيل: بل الأصل فيها عدم الصحة إلا ما دل الدليل على صحته لحديث عائشة[3] والأوّل أصح[4]».

وأما ابن القيم فيؤكد أخذه بمذهب الإمام أحمد في المسألة أنّه جعل «للزوجة حق فسخ العقد إذا لم يف زوجها بما شرطه لها[5]».

وعلى هذا القول سارت مجموعة من قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة. فنص قانون الأُسرة السوري في المادّة الرّابعة عشرة على ما يلي:

- **الفقرة الأوّلى**: «إذا قيد عقد الزَّواج بشرط ينافي نظامه الشرعيّ أو ينافي مقاصده ويلزم فيه ما هو محظور، كان الشرط باطلاً والعقد صحيحاً».

---

(١) نسب ابن تيمية هذا القول إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما رواه سعيد بن منصور عن عبد الله بن غنم: قال: «كنت جالساً حيث تمس ركبتي ركبته، فقال رجل لأمير المؤمنين: تزوجت هذه وشرطت لها دارها وأني أجمع لأمرى أو لشأني أن أنتقل إلى أرض كذا وكذا. فقال: لها شرطها. فقال الرجل: هكلت الرجال إذ لا تشاء امرأة أن تطلق زوجها إلا طلقت! فقال عمر: المسلمون على شروطهم عند مقاطع حقوقهم». ينظر سنن سعيد بن منصور: ٦٣ وورد في آخره فقال عمر: «إن مقاطع الحقوق عند الشروط ولها ما اشترطت». وينظر مصنف عبد الرازق: ج ٦/ ٢٢٧/ ١٠٦٠٨. ومصنف ابن ابي شيبه: ج ٤/ ١٩٩. والسنن الكبرى للبيهقي: ج٧/ ٢٤٩.

(٢) مجموعة الفتاوى: ج ٣٢/ ١٠٥.

(٣) يعني حديثها في عتق بربرة وسيأتي.

(٤) مجموعة الفتاوى: ج ٢٩/ ١٩٠.

(٥) ينظر زاد المعاد: ج ٥/ ١١٧.

- الفقرة الثّانية: «وإذا قيد بشرط يلتزم فيه للمرأة مصلحة غير محظورة شرعاً، ولا تمس حقوق غيرها، ولا تقيد حرية الزّوج في أعماله الخاصة المشروعة، كان الشرط صحيحاً ملزماً».

- الفقرة الثّالثة: «وإذا اشترطت المرأة في عقد النّكاح ما يقيد حرية الزّوج في أعماله الخاصة أو يمس حقوق غيرها، كان الاشتراط صحيحاً ولكنه ليس بملزم للزوج[1]، فإذا لم يَفِ به فللزوجة طلب فسخ النّكاح».

يظهر من هذه المادّة أن كل فقرة من فقراتها اختصت بقسم من الشروط، فتحدّثت الفقرة الأوّلى عن الشروط الباطلة التي لا يجب الوفاء بها، والثانية عن الشروط الصّحيحة التي يلزم الوفاء بها، والثالثة عن شروط صحيحة غير ملزمة للزوج، وذكر الدكتور مصطفى السباعي[2]. أن قانون الأحوال الشخصيّة السوري«اختار مبدأ الحنابلة أساساً في قبول الشروط[3]». لكن انتقد عليه هو وغيره من الفقهاء إعطاءه - في الفقرة الثّالثة - الحق للمرأة في أن تشترط على زوجها طلاق زوجته لما في ذلك من مخالفة لنهي رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أن تسأل المرأة طلاق أختها[4]، ويخالف أيضاً القول

---

(١) يؤيد عدم إلزامية شرط الزوجة الذي يحدُّ من حرية ما قرره القضاء السوري بنصه على أن «الشرط الوارد في عقد النّكاح المقيد لحرية الزّوج في أعماله الخاصة غير ملزم» (ينظر المبادئ القانونية: ١٥٧).

(٢) هو أبو حسان مصطفى بن حسين السباعي، أحد الفقهاء المجتهدين في هذا العصر. ولد بسوريا سنة ١٣٣٣هـ الموافق لسنة ١٩١٥م. نال شهادة دكتور من الأزهر سنة ١٩٤٩، من تآليفه التي فيها آراؤه في أحكام الأُسرة كتاب شرح قانون الأحوال الشخصيّة، وكتاب المرأة بين الفقه والقانون. توفي رحمة الله سنة ١٣٨٤هـ الموافق ل ١٩٦٧. ترجمته في الإعلام. ج ٧/ ٢٣١-٢٣٢.

(٣) ينظر المرأة بين الفقه والقانون للدكتور مصطفى السباعي: ٦٨.

(٤) صحيح البخاري: كتاب النّكاح باب الشروط التي لا تحلُّ في النّكاح، رقم الحديث: ٥١٥٢. وصحيح مسلم بشرح النووي: كتاب النّكاح باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النّكاح رقم الحديث: ١٤٠٨م٧.

الرّاجح في المذهب الحنبليّ[١].

ونصت مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة في الفصل الثّامن والثلاثين على أنّه «إذا اقترن العقد بشرط ينافي نظامه الشرعيّ أو مقاصده كان الشرط باطلاً والعقد صحيحاً». وقالت في الفصل الواحد والثلاثين المعدل: «للمرأة الحق في أن تشترط في عقد النّكاح أن لا يتزوج عليها، وأنه إذا لم يفِ بما التزم به يبقي للزوجة حق طلب الفسخ». فأفادت في النَّص الأوّل أنّه لا تلغي من الشروط المقترنة بالعقد إلا ما كان منها ينافي نظامه الشرعيّ أو ينافي مقاصده، وهو ما يفهم منه أنها تثبت باقي الشروط الأخرى التي تحقق منفعة للمرأة مثل اشتراطها أن لا يتزوج عليها زوجها، وهو ما جاء تأكيده في الفصل الواحد والثلاثين الذي يعطي المرأة الحق في أن تشترط على زوجها في عقد النّكاح أن لا يتزوج عليها، فتكون مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة بهذا قد سارت على مذهب الحنابلة في هذه المسألة[٢]. ونص قانون الأُسرة الجزائريّ في المادّة التّاسعة عشرة على أن «للزوجين أن يشترطا في عقد الزَّواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتناف مع هذا القانون». وقال في المادّة الثّانية والثلاثين: «يفسخ النّكاح إذا اختل أحد أركانه أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافي ومقتضيات العقد أو ثبتت رِدَّةُ الزوج». وقال في الفصل الخامس والثلاثين: «إذا اقترن عقد الزَّواج بشرط ينافيه كان ذاك الشرط باطلاً والعقد صحيحاً».

يظهر من هذه النّصوص أن قانون الأُسرة الجزائريّ يسير وفق ما تقرّر في مذهب الإمام أحمد، ذلك أن المادّة التّاسعة عشرة المذكورة تعطي للزوجين الحق في أن يشترطا في العقد

---

(١) إن القول الرّاجح في المذهب الحنبليّ هو إبطال شرط المرأة طلاق الزّوج زوجته، لكن ذهب أبو الخطاب من فقهاء الحنابلة إلى لزوم هذا الشرط وتعقبه ابن قدامه فبين ما يدل على فساده. (ينظر المغني: ج ٧/ ٤٥٠). وكان غريباً أن يسير القانون السوري مع الرأي غير الصّحيح المخالف للحديث.

(٢) ممن أكد اعتماد مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة مذهب الحنابلة في هذه المسألة الأستاذ عبد الكريم شبهون في مقال: «التّشريع والقضاء في المغرب وارتباطه بالتّشريع المغربي» منشور في مجلة الميادين: ع ٣ صفحة ٦٠.

الشروط التي يريانها والتي لا تخالف ما سطره القانون من إجراءات وما أثبته من أركان وما بينه من حقوق لكلا الطرفين وما حدده من وسائل للفرقة بينهما[١].

وجاءت المادّة الخامسة والثلاثون لتؤكد صحة الشروط التي يتفق عليها الزوجان وهي التي لا تنافي العقد، وأما التي تنافيه فهي باطلة، وبهذا يكون قانون الأُسرة الجزائريّ قد ترك دائرة الشروط واسعةً أمام الزّوجين كما هو مذهب الحنابلة ونص قانون الزَّواج والطّلاق الليبي رقم ١٠ لسنة ١٩٨٤ في الفقرة (أ) من المادّة الثّالثة على أنّه «يحق لكل من الزّوجين أن يشترط في عقد النّكاح ما يراه من الشروط التي لا تتنافي مع غايات الزَّواج ومقاصده» فأفاد أنّه يحق للزوجين أن يتفقا على كل شرط يقتضيه العقد ولا يتناف معه، وفي هذا توسيع لدائرة الشروط المقترنة بعقد النّكاح كما هو منصوص عليه في مذهب الإمام أحمد. ونص قانون الأُسرة العراقي في الفقرة الثّالثة من المادّة السّادسة على أن «الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزَّواج معتبرة يجب الوفاء بها». وجاء في شرح هذه المادّة ان هذه الفقرة «مصاغة من فقه الحنابلة على ما يظهر[٢]». ونص مشروع القانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة في الفقرتين (أ) و (ب) من المادّة السّادسة على أن «الأزواج عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»، وعلى أنّه «إذا اقترن العقد بشرط ينافي غايته أو مقاصده فالشرط باطل والعقد صحيح». وجاء في المذكرة التوضيحيّة لهذا لمشروع أنّه «لوحظ في صياغة هذه المادّة ما في مذهب الإمام أحمد بن حنبل من رحابة صدر بقبول المشارطات في عقد الزَّواج (....) فأخذ عنها المشروع أحكام الشروط تيسيراً للحياة الزوجيّة الهادئة»[٣].

---

(١) ورد في هذا القانون عدّة فصول تنظم إنشاء عقد الزَّواج وتبين كيفية حلَّهُ منها أنّه أكد أن المهر ملك للزوجة تتصرف فيه كيف تشاء وأوجب تسجيل العقد في سجلات الحالة المدنية حسب المادّة الثّانية والعشرين. وألزم الزّوج بنفقة زوجته في المادّة السّابعة والثلاثين وأعطى للزوجة الحق في التصرف في مالها في المادّة الثّامنة والثلاثين وجعل الطّلاق بيد الزّوج أو بالتراضي أو بطلب من الزوجة في المواد: ٤٨-٥٣ و ٥٤. ومن هنا أبطل كل شرط يخالف ما سطره فيه. (ينظر الزَّواج والطّلاق في قانون الأُسرة الجزائريّ للأستاذ عبد العزيز سعد: ١٧٠).

(٢) ينظر أحكام الأحوال الشخصيّة في العراق لشفيق العاني: ٣٠.

(٣) ينظر المجلة العربيّة للفقه والقضاء: ع٢/ ٥٦.

واحتجّ الحنابلة ومن سار على رأيهم بما يلي:

أ- قوله صلّى الله عليه وسلّم: «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً[١]». فإنّه يدل على ثبوت ما تواعد عليه المتعاقدان مما لا يخالف الشرع. قال ابن تيمية في بيان معناه: «ما كان من الأمر المشروط الذي قد أمر الله به ورسوله فإنّه يؤمر به كما أمر الله به ورسوله، وإن كان مما نهي الله عنه ورسوله فإنّه ينهي عنه. وليس لبني آدم أن يتعاهدوا ولا يتعاقدوا ولا يتحالفوا ولا يتشارطوا على خلاف ما أمر الله به ورسوله، بل على كل منهم أن يوفوا بالعقود والعهود التي عهدها الله إلى بني آدم كما قال الله تعالى: ﴿ وَأَوْفُواْ بِعَهْدِي أُوفِ بِعَهْدِكُمْ ﴾[٢]»[٣].

ب- قوله صلّى الله عليه وسلّم: «أحقُّ ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج[٤]». أخذوا منه تأكيد الوفاء بالشروط المقترنة بعقد النّكاح إلا ما ورد في الشّرع تحريمه نحو سؤال المرأة طلاق أختها[٥]. قال ابن تيمية: «جعل النبي صلّى الله عليه وسلّم ما يستحل به الفروج التي هي من الشروط أحق بالوفاء من غيره. وهذا نص في مثل هذه الشروط، إذ ليس هناك شط يوفي به بالإجماع غير الصداق والكلام، فتعيَّنَ أن تكون هي هذه الشروط»[٦].

---

(١) أخرجه البخاري معلقاً في كتاب الإجارة باب أجرة السمسرة (...) وقال النبي صلّى الله عليه وسلّم: «المسلمون على شروطهم» وأبو داود في كتاب الأقضية: رقم الحديث ٣٥٩٤ والترمذي في كتاب الأحكام رقم الحديث ١٣٥٢ وقال «حسن صحيح».

(٢) سورة البقرة، الآية ٣٩.

(٣) مجموعة الفتاوى: ج ١١/ ٥٣.

(٤) صحيح البخاري: كتاب النّكاح، باب الشروط في النّكاح رقم الحديث ٥١٥١. ونحوه في صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب النكاح باب الوفاء بالشروط في النكاح رقم الحديث: ١٤١٨.

(٥) ورد النهي عن هذا الشرط فيما أخرجه البخاري في كتاب النّكاح، باب الشروط التي لا تحل في النّكاح، قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: «لا يحل لا مرأة تسأل طلاق أختها لتستفرغ صحفتها فإنما لها ما قدر لها». رقم الحديث ٥١٥٢.

(٦) مجموعة الفتاوى: ج ٣٢/ ١٠٥.

والقول الثّالث: أنّه «لا يصحُّ نكاح على شرط أصلاً حاشا الصداق الموصوف في الذمة أو المدفوع أو المعين، وعلى أن لا يضر بها في نفسها ومالها[١]». وهذا قول ابن حزم، فإنّه لا يصح عنده من الشروط المقترنة لعقد النّكاح إلا نوعين اثنين، أحدهما: ما كان من شرط تعلق بالصداق؛ بأن وصفه الزّوج لزوجته أو دفعه إليها أو عينه لها.

وقد أخذه من قوله صلّى الله عليه وسلّم: «أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج[٢]». فإنّه خاص عنده بالصداق، ولا يتعداه إلى غيره. وفسَّرهُ بأنه صلّى الله عليه وسلّم «إنما أراد شرط الصداق الجائز الذي أمرنا الله تعالى به، وهو الذي استحل به الفرج لا ما سواه[٣]». والنوع الثّاني: ما كان من شرط تعلق بالمعاشرة بالمعروف لقوله تعالى: ﴿ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾[٤]. فصار بهذا كل شرط باطلاً عنده خلا الشرطين المذكورين، سواء أكانتْ فيه منفعة لمن يشترطه أم لم تكن، وسواء ورد مطلقاً أم مقيداً بطلاق أو عتق أو أمر أخر. فقال: «أما بشرط الهبة أو بيع أو أن لا يتسرى عليها أو أن لا يرحلها أو غير ذلك كله؛ فإنّ اشترط ذلك في نفس العقد فهو عقد مفسوخ، وإن اشترط ذلك بعد العقد فالعقد صحيح والشروط كلها باطلة سواء عقدها بعتق أو بطلاق[٥]». أو بأن أمرها بيدها أو أنها بالخيار كل ذلك باطل، وكذلك إن تزوجها على حكمه أو حكمها أو على حكم فلان فكل ذلك عقد فاسد»[٦].

وبهذا يكون ابن حزم قد ضيق دائرة الشروط المقترنة بعقد النّكاح.

---

(١) المحلّى: ج ٩/ ١٢٣ رقم المسألة ١٨٥٧.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) المحلّى: ج ٩/ ١٢٦ رقم المسألة ١٨٥٧.

(٤) سورة البقرة: الآية ٢٢٩.

(٥) خلافاً للإمام مالك كما سبق.

(٦) المحلّى: ج ٩/ ١٢٣ رقم المسألة ١٨٥٧.

ثانياً: مناقشة الأدلة:

١ ـ مناقشة أدلة الفريق الأوّل:

أما احتجاج الفريق الأوّل الذين ذهبوا إلى أنّه لا يصح من الشروط إلا ما لم يرد في الشّرع بطلانه؛ وإلى أن الشروط التي تقيّد المباحات مثل شرط عدم التزوج على المرأة، وعدم الخروج بها ونحوهما شروط باطلة بالحديث «ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله تعالى؟ كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط، قضاء الله أحق وشرطه أوثق فإنما الولاء له أعتق[١]». فيرد عليهم أن لهذا الحديث سبباً لوروده هو ما رواه عروة عن عائشة رضي الله عنها أنها أخبرته أن بريرة جاءت تستعينها في كتابتها[٢]. ولم تكن قضت من كتابتها شيئاً، فقالت لها عائشة: ارجعي إلى اهلك فإنّ أحبوا أن أقضي عنك كتابتك ولاؤك له فعلت. فذكرت ذلك بريرة لأهلها فأبوا فقالوا: إن شاءت أن تحتسب عليك فلتفعل ويكون ولاؤك لنا. فأخبرت عائشة بذلك رسول الله صلّى الله عليه وسلّم فقال لها: (ابتاعي فأعتقي فإنّما الولاء لمن أعتق).

قال: ثم قام رسول الله صلّى الله عليه وسلّم فقال: «ما بال أناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟ من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له وإن شرط مائة مرة، شرط الله أحق وأوثق[٣]». وفي الصّحيحين عن عبد الله بن عمر أن عائشة أم المؤمنين أرادت أن تشتري جارية لتعتقها فقال أهلها: نبيعكها على أن ولاؤها لنا. فذكرت ذلك لرسول الله صلّى الله عليه وسلّم فقال: لا يمنعك ذلك فإنما الولاء لمن أعتق[٤]».

---

(١) وفي رواية: «ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق». ينظر صحيح البخاري كتاب الشروط باب الشروط في الولاء.

(٢) يراد بالكتابة أن يتفق العبد أو الأمة مع سيده على أن يشتري منه نفسه بأن يدفع إليه القدر المتفق عليه أقساطاً ويدل عليها قوله تعالى: ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْراً ﴾.

(٣) صحيح البخاري: كتاب العتق باب ما يجوز من شروط المكاتب ومن اشترط شرطاً ليس في كتاب الله.

(٤) صحيح البخاري: كتاب البيوع رقم الحديث ٢١٦٩ وصحيح مسلم بشرح النووي: كتاب العتق رقم الحديث ١٥٠٤.

وفي رواية للبخاري: «اشتريها فأعتقيها، وليشترطوا ما شاؤوا». فاشترتها واعتقتها واشترط أهلها ولاءها، فقال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: «الولاء لمن أعتق وإن اشترطوا مائة شرط[١]». وفي راوية لمسلم عن أبي هريرة قال: «أرادت عائشة رضي الله عنها أن تشتري جارية فتعتقها فأبي أهلها إلا أن يكون لهم الولاء فذكرت ذلك لرسول الله صلّى الله عليه وسلّم فقال: لا يمنعك ذلك فإنما الولاء لمن أعتق[٢]».

ظاهر هذه الروايات أن سبب ورود الحديث هو أن عائشة رضي الله عنها «أرادت أن تعتق بريرة على أن يكون ولاؤها لها، فامتنع أهل[٣] بريرة إلا أن يكون ولاؤها لهم»، فلما أخبرت عائشة رسول الله صلّى الله عليه وسلّم بالأمر؛ لم يرض عليه الصلاة والسلام ما قالوا، وأوضح أن الشروط لا يقبل منها إلا ما كان في حكم الله جوازه أو جوبه، وأن السبب هو الإنعام بالإعتاق (....) فمن اشترط على المشتري أن يعتق ويكون الولاء لغيره؛ فهو كمن اشترط على المستنكح أنّه إذا ولد كان النسب لغيره. وإلى هذا المعنى أشار النبي صلّى الله عليه وسلّم في قوله: «إنما الولاء لمن أعتق[٤]». وقال صلّى الله عليه وسلّم: «ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟ من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط». وهذا «كان عقب استفتاء عائشة، وقد علم أولئك بهذا بلا ريب، وكان عقد عائشة معهم بعد هذا الإعلام من رسول الله صلّى الله عليه وسلّم، فإما أن يكونوا تابوا عن هذا الشرط أو أقدموا عليه مع العلوم بالتحريم، وحينئذ فلا يضر اشتراطه. هذا هو الذي يدل عليه الحديث وسياقه[٥]». فيثبت بهذا أن دلالته على إبطال الشروط التي لأحد الزّوجين فيها غرض صحيح - كما قاله جمهور الفقهاء - دلالة ضعيفة؛ لأن شرط أهل بريرة يختلف في صورته عن الشروط المذكورة فلا ينبغي أن يتحد معها في حكمها.

(١) صحيح البخاري: كتاب البيوع رقم الحديث ٢١٦٨.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب العتق رقم الحديث ١٥٠٥.

(٣) المراد بالأهل السادة.

(٤) مجموعة الفتاوى: ج ٢٩/ ٩٠.

(٥) المصدر نفسه: ج ٢٩/ ١٨٧.

قال ابن تيمية في بيان معنى قوله صلّى الله عليه وسلّم: «من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط، كتاب الله أحق وشرط الله أوثق»:

«إن قوله: «من اشترط شرطاً» أي مشروطاً. وقوله: «ليس في كتاب الله»؛ أي ليس المشروط في كتاب الله، فليس هو مما أباحه الله كاشتراط الولاء لغير المعتق (...) ونحو ذلك مما لم يبحه الله ومن ذلك تزوج المرأة بلا مهر، ولهذا قال: «كتاب الله أحق وشرط الله أوثق» وهذا إنَّما يقال: إذا كان المشروط يناقض كتاب الله وشرطه فيجب تقديم كتاب الله وشرطه[1].

٢ ـ مناقشة أدلة الفريق الثاني:

أما احتجاج الفريق الثّاني الذين يجيزون في النّكاح الشروط التي للمشترط فيها غرض صحيح بقوله صلّى الله عليه وسلّم: «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً» وأخذهم منه وجوب وفاء المسلمين بما تعاهدوا عليه من الشروط العامّة ومنها شروط النّكاح التي تحقق فائدة لمن يشترطها؛ فلأنهم يرونها مباحة لا تحل حراماً ولا تحرم حلالاً، بينما لا يراها غيرهم كذلك. وقد تعقب هذا الزيلعي وبين أنها شروط «تُحرِّمُ الحلال كالتزوج والمسافرة بها والتسري ونحو ذلك فكانت مردودة»[2]. لكن أجاب عن هذا ابن قدامة بأن هذا القسم من الشروط ليس كما قاله الزيلعي وغيره يحرم الحلال أو يحل الحرام، وإنّما «يحفظ للمرأة خيار الفسخ إذا لم يف لها زوجها [3]». وربما يتأيد جواب ابن قدامة هذا الذي ينفي فيه أن تكون هذه الشروط من قبيل تحريم الحلال وتحليل الحرام؛ بامتناع رسول الله صلي عليه وسلم من الإذن لعلي بن أبي طالب - زوج ابنته فاطمة رضي الله عنها - بان يتزوج ابنةَ أبي جهل ونفيه فيه أن يكون محرماً لحلال بقوله عليه الصلاة والسلام: «إن بني

---

(١) مجموعة الفتاوى: ج ٥/ ١٤٢.

(٢) تبين الحقائق: ج ٢/ ١٤٩.

(٣) المغني: ج ٧/ ٤٤٩.

هشام بن المغيرة استأذنوا في أن ينكحوا ابنتهم لعلي بن أبي طالب، فلا آذن ثم لا آذن إلا أن يريد ابن أبي طالب أن يطلق ابنتي وينكح ابنتهم، فإنّها بضعة مني يريبني ما أرابها ويؤذيني ما آذاها[1]».

وفي رواية «إني لست أحرم حلالاً ولا أحل حراماً ولكن والله لا تجتمع بنت رسول الله وبنت عدو الله مكاناً واحد أبداً[2]». فقد أخذ منه ابن القيم أن «الرجل إذا شرط لزوجته أن لا يتزوج عليها لزمه الوفاء ومتي تزوج فلها الفسخ. ووجه تضمن الحديث لذلك أنّه صلّى الله عليه وسلّم أخبر أن ذلك يؤذي فاطمة ويريبها وأنه يؤذيه صلّى الله عليه وسلّم ويريبه[3]». وذهب ابن حجر إلى تأويل فعله صلّى الله عليه وسلّم هنا بأنه من خصائصه عليه الصلاة والسلام أن لا يتزوج على بناته أو من خصائص فاطمة عليها السلام[4]، لكن ابن حجر لم يثبت عليه[5]، فانتفت دعوى الخصوصية.

وأنه بالتأمل في هذا الحديث نجد أن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم بين فيه علة رفضه أن يتزوج صهره على بن أبي طالب بنت أبي جهل في قوله: «والله لا تجتمع بنت رسول الله مع

(١) صحيح البخاري: كتاب النّكاح، رقم الحديث ٥٢٣٠، وصحيح مسلم بشرح النووي، كتاب فضل الصحابة رقم الحديث: ٢٤٤٩.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب فضائل الصحابة رقم الحديث ٢٤٤٩ وسنن أبي داود: كتاب النّكاح رقم الحديث ٢٠٦٩.

(٣) زاد المعاد: ج/ ١١٧.

(٤) فتح الباري: ج ١٠/ ٤١٢ شرح الحديث رقم ٥٢٣٠.

(٥) عدم ثباته على قوله بالخصوصية يظهر فيما شرح به حديثاً آخر أخرجه البخاري عن المسور بن مَخْرمة قال: سمعت رسول الله صلّى الله عليه وسلّم ذكر صهراً له فأثنى عليه في مصاهرته فأحسن. قال حدثني فصدقني، ووعدني فوفى لي. (ينظر: صحيح البخاري كتاب المناقب باب ذكر أصهار النبي صلّى الله عليه وسلّم وصحيح مسلم بشرح النووي: كتاب فضائل الصحابة باب في فضائل فاطمة بنت النبي صلّى الله عليه وسلّم).
قال ابن حجر عند قوله: «حدَّثني فصدقني: «لعله كان شَرَطَ على نفسه أن لا يتزوج على زينب وكذلك علي، فإنْ لم يكن كذلك فهو محمول على أن علياً نسي ذلك الشرط فلذلك أقدم على الخطبة أو لم يقع عليه شرط إذ لم يصرح بالشرط، لكن كان ينبغي أن يراعي هذا القدر».

بنت عدو الله مكاناً واحداً»، وهو ما يفهم منه أنّه عليه الصلاة والسلام لم يكن يرى مانعاً أن يتزوج على امرأة أخرى بنت أبي جهل. فيثبت أن منعه هذا ليس من قبيل تحريم الحلال وإنّما كان من أجل تكريم ابنته فاطمة فلا تجتمع مع بنت أبي جهل في عصمة واحدة.

وأما احتجاجهم بقوله صلّى الله عليه وسلّم: «أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به من الفروج»؛ فهو وإن كان عند الحنابلة أقوى ما تعلقوا به في المسألة فألزموا به الوفاء بشروط النّكاح التي يتعاهد عليها الأزواج، فإنّ غيرهم من فقهاء الأمصار أَوَّلُوهُ إلى غير المعنى الذي ذكره الحنابلة. فأما الإمام مالك فحمله – كما قال ابن رشد الجد – على الندب[١]، وإليه مال ابن حجر واحتجّ له بعدة أحاديث[٢]. وأما الإمام الشافعيّ فحمله على الشروط التي دلت السُّنَّة على أنها صحيحة، فقال: «فإن قال قائل: فقد يروى عن النبي صلّى الله عليه وسلّم أنّه قال: «أحق ما وفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج»؛ فهكذا نقول في سنة رسول الله صلّى الله عليه وسلّم إنما يوفي من الشروط ما يبين أنّه جائز ولم تدل سنة رسول الله صلّى الله عليه وسلّم على أنّه غير جائز[٣]». وأما ابن حزم فخصه بالشروط التي تكون في الصداق[٤].

ويبدو أن هذه التأويلات لا يؤيد بعضها ظاهر الحديث؛ فبالنّسبة لحمله على الندب – كما ذهب إلى ذلك الإمام مالك – فيردُّ عليه أن الحديث ورد فيه تأكيد الوفاء بالشروط المقترنة بعقد النّكاح بلفظ التوكيد (إن) وصيغة المبالغة (أحق) وهذا معلوم في القرآن الكريم في مثل قوله تعالى: ﴿ أَتَخْشَوْنَهُمْ فَاللَّهُ أَحَقُّ أَن تَخْشَوْهُ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ ﴾[٥]. كما يرد عليه أن المندوب عند الأصوليين «ما أمر به أمراً غير جازم[٦]»، بينما الحديث ورد بلفظ جازم يدل على تأكيد

(١) ينظر البيان والتحصيل: ج ٤/ ٢٠٥ رقم ٢٩٥.
(٢) ينظر فتح الباري: ج ١٠/ ٢٧٤ ج ١٠/ ٢٧٤ عند شرحه الحديث رقم ٥١٥١
(٣) الأم: ج ٥/ ٨٠.
(٤) ينظر المحلّى: ج ٩/ ١٢٣ رقم المسألة ١٨٥٧.
(٥) سورة التوبة، الآية ١٣.
(٦) ينظر مذكرة أصول الفقه للشيخ محمّد الأمين الشنقيطي: ١٦.

الوفاء بالشرط لا على الندب إليه. وبالنّسبة لتخصيص الشافعيّ الشروط في الحديث بالشروط الجائزة في الشّرع والتي لم يرد النَّص بخلافها وكذلك تخصيصها عند ابن حزم بالشروط المتعلقة بالصداق ففيه تضييق لواسع من غير دليل قوي. ولقد رد هذه التأويلات ابن دقيق العيد[١] فقال: «ربما حمل بعضهم الحديث على شروط يقتضيها العقد مثل أن يقسم لها وأن ينفق عليها ويوفها حقها وأن يحسن عشرتها ومثل أن لا تخرج من بيته إلا بإذنه ونحو ذلك مما هو من مقتضيات العقد. وفي هذا التأويل ضعف؛ لأن تلك الأمور لا تؤثر الشروط في إيجابها فلا تشتد الحاجة إلى تعليق الحكم باشتراطها. وسياق الحديث يقتضي خلاف ذلك لأن لفظ (أحق الشروط) يقتضي أن يكون بعض الشروط يقتضي الوفاء بها، وبعضها أشد اقتضاء. والشروط التي من مقتضيات العقد مستوية في وجوب الوفاء بها[٢]».

هذه هي آراء الأئمة الفقهاء في المسألة يظهر منها أن ابن حزم ضيق دائرة الشروط في النّكاح فلم يقبل منها إلا ما تعلق بالصداق وبالمعاشرة بالمعروف، وأن الإمام أحمد توسع فيها فأجاز كل شرط لم يرد في الشّرع بأنه باطل؛ وأن الأئمة الثلاثة أبا حنيفة ومالكاً والشافعيّ توسطوا فيها فلم يجيزوا من الشروط إلا ما دل في الشّرع على جوازه.

وأنه بالتأمل في آرائهم هذه يظهر أنهم يتفقون في جانب من هذه المسألة ويختلفون في جانب آخر منها. فأما محل اتفاقهم فيها ففي أمرين اثنين: أحدهما في وجوب الوفاء بالشروط التي يقتضيها العقد كشرط المرأة أن ينفق عليها زوجها أو يعطيها الصداق أو يعاشرها بالمعروف، وكشرط الزّوج أن تعطيه زوجته في المعروف.

فإن هذه الشروط يقتضيها العقد وتلزم عندهم جميعا من غير اشتراطها. والأمر الثّاني في إبطال الشروط التي تهدم ركنا من أركان العقد أو أثراً من آثاره. وأما محل اختلافهم فيها ففي

---

(١) هو أبو الفتح محمّد بن علي بن وهب بن مطيع القشيري المنفلوطي الصعيدي المالكيّ والشافعيّ توفي سنة اثنين وسبعمائة ترجمته في شجرة النور الزكية: ١٨٩ رقم ٦٢٩.

(٢) إحكام الأحكام لابن دقيق العيد: ج ٤/ ٣٣.

حكمُ الشروط التي تحقق لأحد الزّوجين منفعة كشرط المرأة أن لا يتزوج عليها زوجها أو أن لا يخرجها من بلدها أو أن لا يسري عليها وما شابهها من الشروط التي لا تحل بمقتضى العقد.

ثالثاً: سبب الاختلاف:

يتبين من خلال عرض أدلّة الفقهاء في المسألة أن سبب اختلافهم هو ورود حديثين متعارضين فيها. قال أبو بكر ابن العربيّ: «هذه معضلة اختلف النَّاس فيها قديماً وحديثاً تعارض فيها أصلان عظيمان أحدهما: قريب المرام، وهو ما روي عنه أنّه صلّى الله عليه وسلّم قال: «أحق الشروط أن يوفي به ما استحللتم به الفروج». والأصل الثّاني قوله؟: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»، وهو بعيد القدر (...) فتباين العلماء في ذلك على وجوه[1]» وقد تمسك جمهور الفقهاء وفيهم المالكيّة والشافعيّة والحنفيّة بعموم الحديث الثّاني فقالوا بإبطال كل شرط لم يرد في الشّرع جوازه بينما تمسك الحنابلة بالحديث الأوّل فخصصوا به عموم الحديث الثّاني، وألزموا بالوفاء بالشروط المقترنة بعقد النّكاح عدا التي ثبت بطلانها شرعاً. وإلى هذا أشار ابن رشد في قوله: «سبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص[2]».

رابعاً: الترجيح:

يظهر من خلال عرض آراء الأئمة الفقهاء في المسألة والتأمل في أدلتهم فيها أن ما يترجح منها هو القول الثّاني الذي يقول بوجوب الوفاء بالشروط التي لأحد الزّوجين فيها منفعة وفائدة وهو قول الحنابلة لما يلي:

١- القضاء بالخصوص على العموم: إن الأئمة والفقهاء الذين ضيقوا مجال الشروط احتجوا بقوله صلّى الله عليه وسلّم: «كل شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو

(١) القبس لأبي بكر ابن العربيّ: ج ٣/ ٥٤.

(٢) بداية المجتهد: ج ٢/ ٥٩

باطل»[1] وهو عندهم عام في إبطال كل شرط لم يرد به الشرع، بينما احتجّ الإمام أحمد بقوله صلّى الله عليه وسلّم: «أحق الشرط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج»[2]، فخصص به عموم الحديث الذي احتجوا به، وقد جرى عمل الأصوليين على القضاء بالخصوص على العموم، وإليه ذهب ابن رشد فذكر اختلاف الفقهاء في المسألة والحديثين المذكورين فيها ثم قال: «والحديثان صحيحان خَرَّجهما البخاري ومسلم إلا أن المشهور عند الأصوليين القضاء بالخصوص على العموم وهو لزوم الشروط»[3].

٢- ليس في تصحيح الشروط التي تحقق لمن يشترطها غرضاً ومنفعة - كما هو قول الحنابلة- تحريم لحلال ولا تحليل لحرام[4]، وإنّما المرأة تستثني ما يملكه الزّوج بالإطلاق بما لا يمنع المقصود من الزَّواج، فإذا رضي الرّجل بشرطها مضي ولزمه الوفاء به لقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ ﴾[5] ولقوله صلّى الله عليه وسلّم: «المسلمون عند شروطهم»، فإنهما يدلان على لزوم الوفاء بالعقود؛ لأن به حماية مصالح الأشخاص وفي مخالفته ضياعاً لها، وإن الشخص لا يقدم على إنجاز عقد حتى يرضى به الطرف الآخر، فإذا رضي به ثم خالف ما وعد به بعد العقد كان أمرها بيدها.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) بداية المجتهد: ج٢/ ٥٩.

(٤) سبق بيان ابن تيمية معنى قوله صلّى الله عليه وسلّم «ليس في كتاب الله» في قوله صلّى الله عليه وسلّم: «من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل» بأنه ما كان «مخالفا لكتاب الله» ولم يعد منه كما يحقق للمرأة منفعة ما دام الشرط لا يمنع المقصود منه الزَّواج (ينظر مجموعة الفتاوى: ج٢٩/ ١٩١). كما سبق ردَّ ابن قدامة أن يكون فى هذه الشروط تحليل الحرام أو تحريم الحلال، فذكر أن الغاية منها إعطاء المرأة الخيار إذا خالف زوجها ما وعدها به.

(٥) سورة المائدة، الآية ١.

٣- إن الرسول صلّى الله عليه وسلّم بيّن الشرط الباطل في النّكاح وهو أن تشترط إمرأة على من يريد الزَّواج بها أن يطلق زوجته، فقال: «لا يحل لامرأة تسأل طلاق أختها لتستفرغ صحفتها فإنما لها ما قدر لها»[1] فأفاد أن شرط المرأة الأجنبية هذا بأن يطلق الرّجل زوجته من أجل أن تنكحه وإن كان يحقق لها منفعة بأن تنفرد بنفقة زوجها ويصير لها ما كان من معاشرته ما كان للمطلقة؛ فإنّ فيه ضرراً بالزوجة الأوّلي وظلماً لها فحرمه رسول الله صلّى الله عليه وسلّم من أجل ذلك. ويفهم منه أن ما كان من شرط لا يمنع المقصود من النّكاح ولا يلحق ضرراً بالزوجة إذا كان سبق أن تزوج فإنّه يكون شرطاً صحيحاً.

٤- لا يعني تصحيح الشروط التي تحقق لمن يشترطها منفعة أن للناس أن يتوسعوا فيها بما يفضي إلى العبث بعقد الزّواج[2] بل إن على الجهاز القضائي أن يتدخل لضبطها ثم لإعادة النظر فيها حين يقضي العمل على وفقها إلى الحرج مع الزمن[3].

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) يمكن أن تأخذ مثلاً لهذا العبث ما اقترحه البعض في جمهورية مصر العربيّة عند مناقشة مشروع قانون الأحوال الشخصيّة هناك أن تمنح للأفراد الذين يرغبون في الزَّواج عقود نموذجية فيها مجموعة أسئلة يحسمها الزوجان قبل إنجاز العقد. (ينظر جريدة المسلمون الصادرة في ١٧/ ٣/ ١٩٩٥).

(٣) ناقش الدكتور أحمد الخمليشي مسألة الشروط التي يتفق عليها الزوجان ويلتزمون العمل بها بعد الزَّواج ثم يطرأ مع الزمن من التغيرات الذي أصبح الوفاء بالتزامه مرهقاً له، يسمح له برفع الأمر إلى المحكمة لتقرّر وجود أو عدم وجود مبرر للإعفاء الذي يطلبه أو يبحث عن حل وسط يقبله الطرفان». (ينظر وجهة نظر: ١٦٠).

المبحث الرّابع

ولاية الإجبار

توطئة:

معلوم أن الأب هو أقرب الأوّلياء إلي ابنته؛ يتحمل مسؤولية وقايتها من المفاسد حتّى تتزوج، فلا يتصور في الآباء غالبا أن يكونوا مصدر شر لبناتهم. من هذا المنطلق رأي جمهور الفقهاء أحقية الأب في تزويج ابنته من غير إذنها، ولم ير غيرهم ذلك فخالفوهم في قولهم.

أولاً: آراء وأدلة الفقهاء في المسألة:

اختلف الفقهاء في الرّجل يجبر ابنته البكر البالغ على النّكاح هل يجوز له ذلك أم لا؟ فمنهم من ذهب إلي أن له أن يجبرها عليه ومنهم من لم ير له ذلك.

أ- من قال بأحقية الأب في إجبار ابنته البكر البالغ على النّكاح:

هذا مذهب جمهور الفقهاء وفيهم الأئمة مالك والشافعيّ [١]. وأحمد في أحد قوليه [٢].

---

(١) يقيد الإمام الشافعيّ حق الأب في إجبار ابنته البكر على النّكاح بما لا يلحق بها ضرراً، فيقول: «يجوز أمر الأب على البكر في النّكاح إذا كان النّكاح حقاً لها أو غير نقص عليها، ولا يجوز إذا كان نقصاً لها أو ضرراً عليها» (ينظر الأم: ج٥/ ٢٠).

وعنده أن الجد يقوم مقام الأب في ذلك عند فقده كما صرح به الماوردي.

(٢) ذكر ابن عبد البر في التمهيد: ج١٩/ ١٠٠ والماوردي في الحاوي الكبير: ج٩/ ٥٢ وابن حجر في فتح الباري: ج١٠/ ٢٠ أن للإمام أحمد قولاً واحداً في المسألة لكن ابن قدامة أثبت له قولين مختلفين فيها. ينظر المغني: ج٧/ ٣٨٠.

فبالنّسبة للمذهب المالكيّ نقل ابن عبد البر عن أبي قرة[١] قوله: «سألت مالكاً عن قول النبي صلّى الله عليه وسلّم: «البكر تستأذن في نفسها»[٢]؛ أيصيب هذا القول الأب؟ قال: لم يعن الأب بهذا إنما عني به غير الأب»[٣]. يؤخذ من جواب الإمام مالك هذا عن طريق المفهوم أن ليس لأحد غير الأب أن يجبر البنت البكر على النّكاح، وظاهره أنّه عام في كل بكر صغيرة كانت أو كبيرة. ويلحق المالكيّة بالبكر «الثيب إن صغرت عن البلوغ ولو ثبت بنكاح صحيح أو بلغت وثبت بعارض كوثبة أو عود أو بحرام»[٤]. فإنّه يجبرها أبوها دون غيره على النّكاح كالبكر. وهو ما يفهم منه أن الثيب الكبيرة مستثناة من هذا الحكم. ويؤكد هذا ما جاء في المدوّنة الكبرى: «أرأيت إن ردت الرجال رجلاً بعد رجل أتجبر على النّكاح أم لا؟ قال؟: لا تجبر عند مالك على النّكاح، ولا يجبر أحدٌ أحداً عند مالك على النّكاح إلا الأب في ابنته البكر»[٥]. يستفاد من هذا أن للأب وحده عند الإمام مالك أن يجبر ابنته البكر على النّكاح صغيرة كانت أو كبيرة وابنته الثيب الصغيرة.

وبالنّسبة للمذهب الشافعيّ ذكر الماوردي أن «البكر الكبيرة فللأب أو الجد أن يزوجها كالصغيرة، وإنّما يستأذنها على استطابة النفس من غير أن يكون شرطاً في جواز العقد»[٦]. ظاهر قوله هذا الأصل في زواج البكر الصغيرة والكبيرة عند الشافعيّة أن وليها يجبرها على النّكاح، وأن الذي يملك إجبارها عليه هو الأب والجد، ولهما أن يستأذناها في ذلك على

---

(١) هو موسى بن طارق اليماني الرشيدي روى عنه الإمام أحمد، قال فيه ابن حجر: «ثقة يغرب». ترجمته في تهذيب التهذيب: ج١٠/ ٣١٢ رقم ٦٢٥.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) التمهيد لابن عبد البر: ج١٩/ ٩٨.

(٤) ينظر جواهر الإكليل: ج١/ ٢٧٨.

(٥) المدونة الكبرى: ج٢/ ١٥٥.

(٦) الحاوي الكبير: ج٩/ ٥٢ وورد نحوه في المذهب للشيرازي مع شرحه المجموع: ج٢/ ٣٨.

استطابة نفسها. وخرجت بقوله هذا الثيب، فإنّه لا يجبرها أحد على النّكاح ولو صغيرة خلافاً للإمام مالك.

وبالنّسبة للمذهب الحنبليّ حكي ابن قدامة عن الإمام أحمد في زواج البكر البالغة العاقلة روايتين «**إحداهما**: له إجبارها على النّكاح وتزويجها بغير إذنها كالصغيرة، وهذا مذهب مالك وابن أبي ليلي وإسحاق. **والثانية**: ليس له ذلك. واختارها أبو بكر وهو مذهب الأوزاعي والثوري وأبي عبيد وأبي ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر»(١).

وإلى القول بحق الأب في إجبار ابنته البكر على النّكاح ذهب الشّيخ أبو الشتاء الصنهاجيّ من الفقهاء المعاصرين، لكن قيده بنفي الضرر عنها، فقال عند قول المنصف: «أنكحهُ إياها والدها المذكور بما ملكه الله من أمرها»: «وهذا الوصف هو الولاية، فلهذا كان الأب يجبر بنته البكر على النّكاح إلا إذا زوجها من رجل معيب فلا جبر(٢). ومع كونه يجبرها، يستحب له إذنها بواسطة من لا تستحي منه، فقد تكره هذا الخاطب لها أو يكون بها عيب بمنعها من الزّواج»(٣). فأشبه قوله هذا قول الماوردي.

واحتجّ أصحاب هذا القول بما يلي:

١ - قوله صلّى الله عليه وسلّم: «لا تنكح اليتيمة إلا بإذنها»(٤)، وقوله صلّى الله عليه وسلّم: «تستأمر اليتيمة فإنّ سكتت فهو رضاها وإن أبت فلا جواز عليها»(٥). ظاهرهما أنّه لا يملك أحد إجبار اليتيمة على النّكاح. لكن الفقهاء الذين يثبتون إجبار المرأة على النّكاح

---

(١) المغني: ج٧/ ٣٨٠.

(٢) قيد هنا الشّيخ أبو الشتاء الصنهاجيّ إجبار الأب ابنته البكر على النّكاح بما لا ضرر فيه، وحصر الضرر في العيب يكون في الزوج، وقد سبق أن الإمام الشافعيّ بقيد إجبار الأب بما لا ضرر لها فيه مطلقا.

(٣) التدريب على الوثائق العدلية: ١٢.

(٤) مسند الإمام أحمد: رقم الحديث ٦١٠١.

(٥) سنن أبي دواد: كتاب النّكاح، رقم الحديث ٢٠٩٣ وسنن النسائي كتاب النّكاح رقم الحديث ٣٢٧٠.

أخذوا منها بالمفهوم أن غير اليتيمة لا تستأذن. وذكر ابن عبد البر أن من «حجتهم أيضاً قوله صلّى الله عليه وسلّم: «لا تنكح اليتيمة إلا بإذنها»؛ لأن فيه دليلاً على أن غير اليتمة تنكح بغير إذنها، وهي البكر ذات الأب»[(١)].

٢- قوله صلّى الله عليه وسلّم: «الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها»[(٢)]. احتجّ به الإمامان مالك والشافعيّ لإثبات القول بإجبار الأب ابنته البكر البالغ على النّكاح بأنْ حملا لفظ الأيم فيه على الثيب، فعندهما أن هذا الحديث ورد لبيان الفرق بين البكر والثيب في زواجها، فإذا كانت الثيب أحق بنفسها من وليها؛ فإنّ البكر تختلف عنها في كون وليها هو أحق بتزويجها من نفسها. قال الشافعيّ: «في هذا الحديث دلالة على الفرق بين البكر والثيب في أمرين، أحدهما ما يكون في إذنها، وهو أنَّ إذنَ البكر الصمت (...) والثاني أن أمرهما في ولاية أنفسهما لأنفسهما مختلف؛ فولاية الثيب أنها أحق من الولي[(٣)]،

---

(١) التمهيد: ج١٩/ ٩٩ ونحوه في الاستذكار: ج١٦/ ٥١.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب النّكاح، رقم الحديث ١٤٢١. وسنن الترمذي: كتاب النّكاح، رقم الحديث: ١١٠٨، وقال الترمذي: «هذا حديث حس صحيح».

(٣) لا ينبغي أن نفهم من إثبات الإمام الشافعيّ وغيره من الأئمة أحقيَّة الثيب بنفسها من وليها في الزَّواج أنهم يثبتون لها ذلك بإطلاق بحيث تنسلخ كليا من سلطة وليّها عليها فتفعل بنفسها ما تشاء، بل إنَّ ما يريدونه هو نفي الإجبار عنها في الزَّواج حتّى ترضى. يؤكد هذا قول الباجي: «معني كونها أحق بنفسها من وليها أنّه ليس إجبارها على النّكاح ولا إنكاحها بغير إذنها، وإنّما له أن يزوجها بإذنها ممن ترضاه وليس لها هي أن تعقد على نفسها نكاحا ولا تباشره ولا أن نضع نفسها عند غيره كفء ولا أن تولي ذلك غير وليها فلكل واحد منهما حق في عقد النّكاح». (ينظر المنتقى: ج٣/ ٢٦٦). كما يؤكده قول النووي: «قوله صلّى الله عليه وسلّم «أحق بنفسها» يحتمل من حيث اللفظ أن المراد أحق من وليها في كل شئ من عقد وغيره كما قاله أبو حنيفة وداود، ويحتمل أنها أحق بالرضى أي لا تزوج حتى تنطق بالإذن بخلاف البكر، ولكن لما صح قوله صلّى الله عليه وسلّم: «لا نكاح إلا بولي» مع غيره من الأحاديث الدالة على اشتراط الولي؛ تعين الاحتمال الثّاني». (ينظر صحيح مسلم بشرح النووي ج٩/ ١٧٢-١٧٣ عند شرح الحديث رقم ١٤٢١).

والولي ههنا الأب والله أعلم»[١]. وقال أيضا: «لا يجوز عندي إلا أن يفرق حالها في أنفسهما، ولا يفرق حالها في أنفسهما إلا بما قلت من أن للأب على البكر ما ليس له على الثيب»[٢].

إذن هذا المعنى الذي أخذه الإمامان مالك والشافعيّ من هذا الحديث هو نفس ما أخذاه من قوله صلّى الله عليه وسلّم: «الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها»[٣]. فإنهما يفيدان عندهما الفرق بين البكر والثيب.

٢ـ من قال أنّه ليس للأب أن يجبر ابنته البكر البالغ على النكاح:

هذا مذهب أبي حنيفة فإنّه لا يري إجبار البكر البالغ على النّكاح كالثيب البالغة، لأنّها ببلوغها وعقلها تصير مكلفة شرعاً فيرى رفع الولاية عنها. قال الكاساني: «ولنا أن الثيب البالغة لا تزوج إلا برضاها فكذا البكر البالغة»[٤]. وهو ما يفهم منه أنّ ولاية الإجبار عند الحنفيّة تثبت في حق الصغيرة لعجزها عن التصرف على وجه النظر والمصلحة بنفسها[٥]. وهو رأي ثان لأحمد[٦]، وهو القول الذي رجحه ابن القيم[٧].

وإلي هذا القول ذهبت مجموعة من قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة لكنها لم تستثن صنفاً واحداً من النّساء من هذا الحكم بل ألغت ولاية الإجبار عن النّساء عامة، ومنها: مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة فإنّها نصت في الفقرة الأولى من الفصل الخامس المعدل في ١٠ سبتمبر ١٩٩٣ على أنّه «لا يتم الزّواج إلا برضي الزوجة وموافقتها وتوقيعها على

(١) الأم: ج٥/ ١٧٩.

(٢) المصدر نفسه.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) بدائع الصنائع: ج٣/ ٢٤٢.

(٥) المصدر نفسه.

(٦) ينظر المغني: ج٧/ ٣٨٠.

(٧) ينظر زاد المعاد: ج٥/ ٩٦.

ملخص عقد الزَّواج لدي العدلين، ولا يملك الولي الإجبار في جميع الحالات[١] مع مراعاة باقي مقتضيات الفصلين[٢] الثاني عشر والثالث عشر بعده».

ونص قانون الأحوال الشخصيّة الكويتي[٣] في الفقرة (ب) من المادّة التّاسعة والعشرين على أنّه «يشترط اجتماع رأي الولي والمولي عليها».

---

(١) عندما وضعت مدوّنة الأحوال الشخصيّة في ٢٢ نوفمبر ١٩٥٧ ألغت سلطة الإجبار التي كان يمارسها الأوّلياء في زواج بناتهم واحتفظت بها للقاضي وحده. فجاء في الفقرة الرّابعة من الفصل الثّاني عشر أنّه «لا يسوغ للولي ولو أبى أن يجبر ابنته البالغ ولو بكراً على النّكاح إلا إذا خيف على المرأة الفساد فللقاضي الحق في إجبارها حتّى تكون في عصمة زوج كفء يقوم عليها».

وأوضح الأستاذ علال الفاسيّ أن إلغاء المدوّنة سلطة الأب في إجبار ابنته على النّكاح جاء «فراراً من العبث باستعمال الأب هذا الحق» (ينظر التقريب شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة للأستاذ علال الفاسي: ١٣١. وعلّل إسناد هذه السلطة إلى القاضي بأن فيه «حماية لعرضها ورقابة لها من الضياع». (ينظر التقريب شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة: ١٣١).

وبعد أزيد من أربعين سنةً من العمل بمقتضى هذه الفقرة وقع تعديلها في ١٠ سبتمبر ١٩٩٣ فتم إلغاء فكرة الإجبار على النّكاح بصفة عامّة فلم يعد لأحد الحق في أن يجبر المرأة على النّكاح.

(٢) ينص الفصلان المطلوب مراعاتها على ما يلي:

الفصل الثّاني عشر:

١ - الولاية حق للمرأة فلا يعقد عليها الولي إلا بتفويض من المرأة على ذلك.

٢ - تفوض المرأة لوليها أن يعقد عليها.

والفصل الثّالث عشر ينص على أنّه «إذا عضل الولي المرأة أمره القاضي بتزويجها فإنّ امتنع زوجها القاضي بصداق أمثالها لرجل كفء لها».

(٣) هو القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصيّة، صدر في ٨ شوال ١٤٠٤ الموافق لـ ٦ يوليو ١٩٨٤. وهو في سبعة وأربعين وثلاثمائة مادة موزعة على ثلاثة أقسام أحدها قسم الزَّواج ويضم كتاب إنشاء الزَّواج وكتاب فرق الزَّواج وكتاب الولادة وأثرها. والثاني قسم الوصية. والثالث قسم المواريث وجاء في المادّة الثّالثة والأربعين وثلاثمائة ما نصه: «كل ما لم يرد له حكم في هذا القانون يرجع فيه إلي المشهور في مذهب الإمام مالك، فإنّ لم يوجد المشهور طبق غيره، فإنّ لم يوجد حكم أصلاً طبقت المبادئ العامّة في المذهب».

كما أخذ به عدد من الفقهاء المعاصرين منهم الشّيخ محمّد عبده والشّيخ محمود شلتوت والشّيخ محمّد أبو زهرة والأستاذ علال الفاسي[١] والشّيخ الدكتور يوسف القرضاوي كلهم قالوا بأن لا حق لأحد في إجبار البكر البالغ على النّكاح. فعند الشّيخ محمّد عبده أن «كل ذي ذوق سليم يري من الصواب أن يكون للمرأة في انتخاب زوجها ما للرجل في انتخاب زوجته، فإنّه أمر يهمها أكثر مما يهم ذوي قرابتها، أما حرمانها من النظر في كل ما يختص بزوجها وقصر الرأي في ذلك على أوليائها دون مشاركة منها؛ فهو بعيد عن الصواب»[٢]. وعند الشّيخ محمود شلتوت أن الشريعة الإسلاميّة «أوجبت تمام الرضي من الطرفين وجعلته شرطاً في صحة العقد ولم تقم في الزّواج - في أصح الآراء والمذاهب - وزناً لمجرد رضي الولي ولو كان أباً ما دام الطرفان أو أحدهما غير راض بقلبه وضميره إن لم يكن بنطقه ولسانه»[٣]. وقال الشّيخ محمّد أبو زهرة: «إنا نختار في البكر البالغة الرأي الثّاني الذي يمنع الولاية الإجبارية عليها بعد البلوغ»[٤]. وعلل الأستاذ علال الفاسيّ اختياره القول بإلغاء العمل بإجبار البكر البالغ على النّكاح بأن «روح العصر لم تعد صالحة لتطبيق مذهب المالكيّة في الموضوع؛ لأن المرأة المغربيّة على أبواب التطور الذي لا يجعلها مستعدة لقبول مثل هذا التحكم في مصيرها، فالوقتُ قد حان للعمل بمذهب جمهور الأئمة المسلمين من تخيير البكر والثيب فيمن تختاره ليكون قرين حياتها»[٥]. وناقش الشّيخ الدكتور يوسف القرضاوي هذه

---

(١) هو الأستاذ علال بن عبد الواحد القاسي الفقهري؛ أحد الفقهاء المجتهدين المغاربة في هذا العصر، ولد بفاس سنة ١٩٠٨هـ. كان مقرر لجنة تدوين الفقه الإسلاميّ، التي وضعت مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة. من كتبه التي فيها آراؤه في أحكام الأسرة؛ كتاب: النقد الذاتي، وكتاب: دفاع عن الشريعة وكتاب: مقاصد الشريعة ومكارمها، وكتاب التقريب شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة. توفي في ١٣ ماي ١٩٧٤ ترجمته في الأعلام: ج٤/ ٢٤٦.

(٢) الأعمال الكاملة لمحمد عبده: ج٢/ ٧٤.

(٣) الإسلام عقيدة وشريعة لمحمود شلتوت: ١٥٨.

(٤) محاضرات في عقد الزّواج: ١٥٧.

(٥) النقد الذاتي لعلال الفاسي: ٢٧٩-٢٨٠.

المسألة وصرح بأن ما يدين لله به ولا يعتقد سواه هو القول بنفي إجبار المرأة على النّكاح «وإن قال من قال بخلاف في ذلك»[(١)].

ومما احتجّ به الحنفيّة لقولهم:

١- حديث خنساء بنت خدام الأنصارية أن أباها زوَّجها وهي ثيب فكرهت ذلك، فأتت رسول الله صلّى الله عليه وسلّم فرد نكاحها[(٢)]. فإنّ فيه نفياً صريحاً لولاية الإجبار على المرأة في نكاحها، ولو كان الذي يريد إجبارها على النّكاح أباها. ويبدو أن هذا هو مذهب الإمام البخاري في المسألة، فإنّه أخرج هذا الحديث في باب إذا زوج الرّجل ابنته وهي كارهة فنكاحها مردود. وعلق عليه ابن حجر بأنه «أطلق فشمل البكر والثيب»[(٣)]. مع أنّه ورد التّصريح فيه بالثيوبة وأوله ابن حجر بأنه «أشار إلي ما ورد في بعض طرقه»[(٤)].

وحقا فقد روي هذا الحديث من طرق أخرى ورد التّصريح فيها بنفي إجبار البكر على الزَّواج منها حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن جارية بكرا أتت النبي صلّى الله عليه وسلّم فذكرت له أن أباها زوجها وهي كارهة فخيرها رسول الله صلّى الله عليه وسلّم»[(٥)]. ففيه التّصريح بنفي ولاية الإجبار عن البكر.

٢- قوله صلّى الله عليه وسلّم: «لا تنكح البكر حتّى تستأذن». وقد ورد بألفاظ أخرى منها «البكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها»[(٦)]. وأيضاً «والبكر يستأذنها أبوها»[(٧)].

---

(١) فتاوي معاصرة للقرضاوي: ج٢/ ٣٤١.

(٢) صحيح البخاري: كتاب النّكاح، رقم الحديث ٥١٣٨، وكتاب الإكراه رقم الحديث: ٦٩٤٥.

(٣) فتح الباري: ج١٠/ ٢٤٤ شرح الحديث رقم ٥١٣٨.

(٤) المصدر نفسه.

(٥) سبق تخريجه.

(٦) سبق تخريجه.

(٧) سبق تخريجه.

بهذين الحديثين احتجّ الحنفيّة لإثبات استئذان البكر كما تستأذن الثيب، إذ لا يرون فرقاً بينهما في صفة زواجها قال النسفي[1]: «إن هذه الأحاديث وردت بصيغة الخبر والمراد بها الأمر وهو أقوى وجوه الأمر على ما عرف في موضعه، فيكون الاستئذان واجبا كالاستئمار في الثيب»[2].

ثانياً- مناقشة الأدلة:

١- مناقشة الأدلة التي احتجّ بها الفريق الأوّل:

- أما احتجاج الفريق الأوّل الذين قالوا بإجبار البكر البالغ على النّكاح بقوله صلّى الله عليه وسلّم: «لا تنكح اليتيمة إلا بإذنها» ؛وأخذهم منه عن طريق المفهوم أن ذات الأب تنكح بغير إذنها؛ فيعارضه ظاهر قوله صلّى الله عليه وسلّم: «والبكر تستأذن في نفسها»[3]. فإنه عام في استئمار كل بكر، ومعلوم عند الأصوليين أن العموم أقوى من مفهوم المخالفة. ويؤيد ترجيح العموم هنا حديث ابن عباس: «والبكر يستأذنها أبوها»[4]، فإنّ فيه التّصريح بذكر الأب للدّلالة على أن الاستئمار ليس مخصوصا باليتيمة. وبه رد الحافظ ابن حجر اعتماد القائلين بالإجبار على مفهوم الحديث[5].

- وأمّا أحتجاجهم بحديث «الأيم أحق بنفسها من وليها» وأخذ الإمامين مالك والشافعيّ منه أنّه ورد لبيان الفرق بين البكر والثيب؛ فإنّه على العكس مما استفاداه منه حجة

(١) هو الإمام عبد الله بن أحمد النسفي، من الفقهاء الحنفيّة له كتاب «كتر الدقائق» توفي سنة ٧١٠هـ.

(٢) ينظر تبين الحقائق شرح كتر الدقائق: ج٢/ ١١٨.

(٣) طرف من حديث أخرجه الإمام مسلم في صحيحه بشرح النووي رقم الحديث ١٤٢١م. وأخرجه الإمام الترمذي في سننه: كتاب النّكاح، رقم الحديث ١١٠٨. وقال أبو عيسى: «هذا حديث حسن صحيح».

(٤) طرف من حديث أخرجه الإمام مسلم في صحيحه رقمه: ١٤٢١م٢، وأخرج نحوه الترمذي في كتاب النّكاح من سننه، رقم الحديث ١١٠٧و ١١٠٨.

(٥) فتح الباري: ج١٠/ ٢٤٣ شرح الحديث رقم ٥١٣٦.

للحنفيّة على نفي إجبار البكر البالغ على النّكاح إذ حملوا لفظ «الأيم» فيه على أنها كل امرأة «لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا»[١]، مما يحصل معه أن هذا الحديث لم يرد عندهم للدّلالة على الفرق بين البكر البالغ على النّكاح. وبه تكون كل أيم أحق بنفسها من وليها إلا الصغيرة التي خصتها السُّنَّة[٢] فإنّه لا إذن لها، ويملك أبوها تزويجها وحده من غير أن يستأذنها[٣].

يظهر من هذا أن اختلافهم في معنى هذا الحديث يرجع إلي اختلافهم في معنى الأيم، فإنه- كما قال ابن عبد البر- «موضع اختلف فيه العلماء وأهل اللغة»[٤] مما يستدعي البحث عن قولهم في الطرف الثّاني من الحديث وهو قوله صلّى الله عليه وسلّم: «والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها» تنبيها إلي استئذان البكر في زواجها ثم إلي صفة إذنها، مما يفيد أنها لا تجبر على النّكاح. فذكر ابن الهمام أن هذه الجملة «صريحة في إثبات الأحقية للبكر ثم تخصيصها بالاستئذان»[٥]. وبالنّسبة للذين قالوا بإجبار البكر البالغ على النّكاح فإنهم أولوا هذا الحديث على غير ما يفيده ظاهره واختلفوا في تأويله؛ فحمل الإمام مالك لفظ البكر فيه على أنها اليتيمة، وقال: «ذلك عندنا في اليتيمة»[٦]. وهو ما سار عليه أصحابه من بعده. قال ابن عبد البر: «ظاهره يقضي أن البكر لا ينكحها وليها أيّاً كان أو غيره حتّى يستأذنها ويستأمرها، ولا

---

(١) شرح فتح التقدير لكمال الدّين ابن الهمام الحنفيّ: ج٣/ ١٥٩ و ١٦٣.

(٢) يعني زواج رسول الله صلّى الله عليه وسلّم بعائشة رضي الله عنها، زوجه إيّاها أبو بكر الصّديق رضي الله عنه وهي صغيرة لا أمر لها في نفسها. أخرجه الإمام مسلم في صحيحه وترجم له النووي بقوله: باب تزويج الأب الصغيرة ج٩/ ١٧٤/ رقم الحديث ١٤٦٢.

(٣) يؤكد هذا قول ابن عبد البر في حديثه عن حجج الحنفيّة في المسألة: «ومن حجتهم قوله صلّى الله عليه وسلّم: (الأيم أحق بنفسها من وليها). والأيم هي التي لا بعلَ لها وقد تكو ثيباً وبكراً، فكل أيم على هذا خلاف ما خصته السُّنَّة، ولم تخص من ذلك إلا الصغيرة وحدها يزوجها أبوها بغير إذنها لأنه لا إذن لمثلها». (ينظر التمهيد: ج١٩/ ١٠٠).

(٤) المصدر نفسه: ج١٩/ ٦٧-٧٧.

(٥) شرح الفتح القدير: ج١/ ١٦٣.

(٦) المدونة الكبرى: ج٢/ ١٥٨.

يستأذن ولا يستأمر إلا البوالغ، وهذه حجة الكوفيين إلا أنَّ البكر ههنا يحتمل أن تكون اليتيمة بدليل حديث[١] محمّد بن عمرو»[٢]. وكذلك قال الباجي: «التي تنكح وتستأذن من الأبكار هي اليتيمة»[٣].

يتضح مما ذهب إليه المالكية في تأولي هذا الحديث أنهم يقرُّون بوجوب استئذان البكر في النّكاح كما ينطق به الحديث لكنهم حملوا البكر فيه على أنها اليتيمة. وفي هذا نظر؛ لأن الحديث ورد من طريق أخرى وجاءت البكر فيه مقيدة بأنها ذات الأب، ولفظه: «البكر يستأذنها أبوها»[٤].

وأما الإمام الشافعيّ فإنّه لم ينظر إلي لفظة البكر في الحديث، وإنّما نظر إلي الأمر فيه بالاستئذان: «تستأذن» فحمله على الاستحباب وذكر أن «استئمارها يحتمل أن لا يكون للأب تزويجها إلا بأمرها، ويحتمل أن تكون تستأمر على معنى استطابة نفسها وأن تطلع من نفسها على أمر لو أطلعته الأب كان شبيها أن ينزهها بأن لا يزوجها»[٥].

هذا تأويل الإمامين لهذا الطرف من الحديث، وقد استندا إلى الحديث بمجموعة لإثبات مذهبهما في أن للأب أن يجبر ابنته البكر البالغ على النّكاح لأنه ورد عندهما لبيان الفرق بين البكر والثيب. وهذا صريح قول الإمام الشافعيّ: «فإن قال قائل: فلم قلت يجوز نكاحها وإن لم يستأمرها؟ قيل له: بما وصفت من الاستدلال بفرق رسول الله صلّى الله عليه وسلّم بين

---

(١) يعني حديث محمّد بن عمرو ثنا أبو سلمة عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: «تستأمر اليتيمة في نفسها، فإنّ سكتت فهو إذنها وأن أبت فلا جواز عليها». أخرجه أبو داود في سننه: كتاب النّكاح باب في الاستئمار رقم الحديث ٢٠٩٣ وكذا الترمذي في كتاب النّكاح باب ما جاء في إكراه اليتيمة على التّزويج رقم الحديث ١١٠٩.

(٢) التمهيد: ج١٩/ ١٠٢.

(٣) المنتقي: ج٣/ ٢٦٧.

(٤) صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب النّكاح رقم الحديث ١٤٢١.

(٥) الأم: ج٥/ ١٧٩.

البكر والثيب إذ قال: «الأيم أحق بنفسها من وليها»، ثم قال: «والبكر تستأذن في نفسها»، فلا يجوز عندي إلا أن يفرق حالها في أنفسهما»[١].وتبعه في قوله هذا الماوردي فأوضح أنّه «لما جعل الثيب أحق بنفسها من وليها، علم أن ولي البكر أحق بها من نفسها ويكون قوله صلّى الله عليه وسلّم: «والبكر تستأذن في نفسها» محمولاً على الاستحباب دون الوجوب استطابة للنفس؛ لأنه لو كان محمولاً على الوجوب لصارت أحق بنفسها من وليها كالثيب»[٢]. ومن جانب المالكيّة قال ابن عبد البر في السياق نفسه: «قوله صلّى الله عليه وسلّم: (الثيب أحق بنفسها من وليها) فيه دليل على أن البكر وليها أحق منها بها»[٣].

وإذا تأملنا هذا المعنى الذي أخذه الذين قالوا بإجبار البكر البالغ على النّكاح من هذا الحديث، نجدهم تركوا منطوقه واستدلوا بمفهومه. وهذا ما أكده ابن حجر بقوله: «ومن حجتهم مفهوم حديث الباب؛ لأنه جعل الثيب أحق بنفسها من وليها فدل على أن ولي البكر أحق بها منها»[٤].

وليس اعتماد المفهوم هنا حجة عند الحنفيّة؛ لأن في إخبار رسول الله صلّى الله عليه وسلّم باستئذان البكر بياناً لصفة زواجها بها لا يقبل التأولي، قال ابن الهمام: «وأمّا ما استدلوا به من قوله صلّى الله عليه وسلّم: «الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأمرها أبوها في نفسها» باعتبار أنّه خص الثيب بأنها أحق فأفاد أن البكر ليست أحق بنفسها منه؛ فاستفادة ذلك بالمفهوم وهو ليس حجّة عندنا ولو سلم فلا يعارض المفهوم الصريح الذي ذكرناه من ردّه ولو سلم فنفس نظم باقي الحديث يخالف المفهوم، وهو قوله صلّى الله عليه وسلّم: «البكر يستأمرها ... إلخ» إذ وجوب الاستئمار على ما يفيد لفظ الخبر مناف للإجبار؛ لأنه طلب

(١) الأم: ج٥/ ١٧٩.

(٢) الحاوي الكبير: ج٩/ ٥٢.

(٣) التمهيد: ج١٩/ ٩٩.

(٤) فتح الباري: ج١٠/ ٢٤٣ شرح الحديث رقم ٥١٣٦.

الأمر أو الإذن، وفائدته الظاهرة ليست إلا ليستعلم رضاها أو عدمه فيعمل على وفقه. هذا هو الظاهر من طلب الاستئذان فيجب البقاء معه وتقديمه على المفهوم لو عارضه. والحاصل من اللفظ إثبات الأحقية للثيب بنفسها مطلقاً ثم أثبت مثله للبكر حيث أثبت لها حق أن تستأمر. وغاية الأمر أنّه نص على أحقية كل من الثيب والبكر بلفظ يخصُّها، كأنه قال: الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر أحق بنفسها أيضاً[1]. وهذا الذي قاله ابن الهمام هو ما خلص إليه ابن رشد فذكر أن «قوله عليه الصلاة والسلام في حديث ابن عباس المشهور: «والبكر تستأمر»[2]؛ يوجب بعمومه استئمار كل بكر، والعموم أقوى من دليل الخطاب مع أنّه خرج مسلم في حديث ابن عباس زيادة وهو أنّه قال عليه الصلاة والسلام «والبكر يستأذنها أبوها»[3] وهو نص في موضع الخلاف»[4].

ويؤيد هذا الذي ذهب إليه الحنفيّة وخلص إليه ابن رشد حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن جارية بكراً أتت النبي صلّى الله عليه وسلّم فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي صلّى الله عليه وسلّم[5]، فإنّه صريح في نفي إجبار البكر على النّكاح.

٢ـ مناقشة ما احتجّ به الحنفيّة في المسألة:

مما احتجّ به الحنفيّة لنفي إجبار البكر البالغ على النّكاح حديث خنساء بن خدام فإنّ فيه نفي إجبارها على النّكاح ولو كان الذي يريد تزويجها أباها. لكن الفقهاء الذين قالوا بالإجبار

---

(١) شرح فتح القدير: ج٣/ ٢٥٤.

(٢) صحيح البخاري: كتاب الإكراه، رقم الحديث ٦٩٤٦. وصحيح مسلم بشرح النووي: كتاب النكاح، رقم الحديث ١٤٢١م١.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) بداية المجتهد: ج٢/ ٥.

(٥) أخرجه أبو داود في كتاب النّكاح رقم الحديث ٢٠٩٦ وابن ماجة في كتاب النّكاح رقم الحديث ١٨٧٥.

طعنوا في هذا الحديث من جهة درجته ومن جهة وروده، لكن ما قالوه فيه ليس مما يرد به الحديث[١].

ثالثاً- سبب الاختلاف:

يظهر من خلال عرض أقوال وأدلّة الفقهاء في المسألة أن سبب اختلافهم فيها يرجع إلى اختلافهم في موجب الإجبار. فالحنفيّة يرون أن التي تجبر على النّكاح هي الصغيرة وغير العاقلة ولو كبيرة؛ لأنهما تشتركان في صفة العجز عن تدبير أمورها وإدراك مصلحتها. قال الكاساني: «وأما ولاية الحتم والإيجاب والاستبداد فشرط ثبوتها على أصل أصحابنا؛ كون المولي عليه صغيراً أو صغيرة أو مجنوناً كبيراً أو مجنونة كبيرة سواء أكانت صغيرة بكراً أم ثيباً. فلا تثبت هذه الولاية على البالغ العاقل ولا على العاقلة البالغة (...) والأصل أن هذه الولاية على أصل أصحابنا تدور مع الصغر وجوداً وعدماً في الصغير والصغيرة (...) وفي الكبير

---

(١) أما من جهة درجته فقد ضعفه الماوردي (ينظر الحاوي الكبير: ج٩/ ٥٦). ووصفه ابن قدامة في المغني: ج٧/ ٣٦٦ بأنه مرسل عن عكرمة. لكن قولهما فيه غير مسلم لهما، فقد ورد الحديث موصولاً عند أبي داود والنسائي وابن ماجة. وقال ابن حجر في تلخيص الحبير: ج٣/ ١٦١: «رجاله ثقات»، ونفى عنه أي طعن فقال في فتح الباري: ج١٠/ ٢٤٦: «أما الطعن في الحديث فلا معنى له فإنّ طرقه يقوّي بعضها بعضها» وأما من جهة دلالته فإنهم جعلوه واقعة عين، وعللوا تخيير رسول الله صلّى الله عليه وسلّم تلك البكر التي اشتكت إليه تزويج أبيها إياها من غير رضاها بأنه زوجها بغير كفء. وهو تأويل ابن عبد البر في التمهيد: ج١٩/ ١٠١ والاستذكار ج١٦/ ٥٧، والماوردي في الحاوي الكبير: ج٩/ ٥٦. والبيهقي في السنن الكبرى: ج٧/ ١١٨ وعند ابن قدامة أنّه يحتمل أن تكون هذه المرأة التي خيّرها رسول الله صلّى الله عليه وسلّم هي التي قالت: «زوجني من ابن أخيه ليرفع خسيسته». وبني على هذا الاحتمال أن سبب تخييرها هو تزويجها من غير كفء (ينظر: المغني: ج٧/ ٣٦٦). وقد عد ابن حجر قولهم هذا بأنه «الجواب المعتمد فإنّها واقعة عين فلا يثبت الحكم فيها تعميماً»، (ينظر فتح الباري: ج١٠/ ٢٤٦).
لكن يرد على هذا الجواب أنّه مبنيٌّ على مجرد احتمال وذكر ابن الهمام أن «حمله على أن ذلك لعدم الكفاءة خلاف الأصل، مع أن العرب إنما يعتبرون في الكفاءة النسب، والزوج كان ابن عمها». (ينظر شرح فتح القدير: ج٣/ ١٦٣).

والكبيرة تدور مع الجنون وجوداً وعدماً سواء أكان الجنون أصلياً بأن بلغ مجنوناً، أم عارضاً بأن طرأ بعد البلوغ عندنا»[١]. بينما يري الشافعيّة أن موجب الإجبار هو كون المرأة بكرا سواء أكانت صغيرة أم كبيرة لقول الشافعيّ: «لا نكاح للأب في ثيب»[٢]. ولتصريح الماوردي عند شرحه قوله صلّى الله عليه وسلّم: «ليس للولي مع الثيب أمر»[٣] بأن «الأمر هو الإجبار والإلزام، وليس للولي إجبار الثيب وإلزامها»[٤]. فيؤخذ من هذين النصين عن طريق المفهوم أن التي تجبر على النّكاح في المذهب الشافعيّ هي كل ارمأة بكر سواء أكانت صغيرة أم كبيرة فتخرج بهذا الثيب عندهم ولو كانت صغيرة، فلا يملك أحد إجبارها على النّكاح. فيثبت أن موجب الإجبار عند الشافعيّة هو البكارة. وعند الإمام مالك أن موجب الإجبار هو البكارة بالنّسبة للكبيرة والصغر بالنّسبة للثيب. وقد لخص هذا ابن رشد بقوله: «اختلفوا في موجب الإجبار هل هو البكارة أو الصغر؟ فمن قال الصغر، قال: لا تجبر البكر البالغ. ومن قال البكارة قال: تجبر البكر البالغ ولا تجبر الثيب الصغيرة. ومن قال كل واحد منهما يوجب الإجبار إذا انفرد، قال: تجبر البكر البالغ والثيب غير البالغ. والتعليل الأوّل تعليل أبي حنيفة والثاني تعليل الشافعيّ والثالث تعليل مالك»[٥].

رابعاً- الترجيح:

بعد عرض رأي الفرقين في المسألة والتأمل في حججهما وتحرير محل نزاعهما فيها؛ يظهر أن رأي أبي حنيفة هو الذي يترجح لما يلي:

١ - الحجج التي استند إليها الحنفيّة صحيحة يدل منطوقها على نفي إجبار البكر البالغ على النّكاح. وإن ما احتجّ به الإمامان مالك والشافعيّ ومن سار على قولهما هو المفهوم من

---

(١) بدائع الصنائع: ج٢/ ٢٤١.

(٢) الأم: ج٥/ ٢٣.

(٣) سنن أبي داود: كتاب النّكاح رقم الحديث ٢١٠٠ وسنن النسائي: كتاب النّكاح رقم الحديث ٣٢٦٣.

(٤) الحاوي الكبير: ج٩/ ٤٤.

(٥) بداية المجتهد: ج٢/ ٦.

الأحاديث التي احتجّ بها أبو حنيفة، حتّى إنا لا نجد عندهم أقوي من حديث «الأيم أحق بنفسها من وليها» إذ حملوا لفظ الأيم فيه على أنها الثيب لتخرج البكر من هذا الحكم فلا تستأمر في نكاحها. ولئن كان الطرف الثّاني من هذا الحديث يندفع به هذا التأويل وهو قوله صلّى الله عليه وسلّم «والبكر تستأذن»، فإنّ الإمام مالكا حمل لفظ البكر فيه على اليتيمة، وقد ظهر أنّه تأولي بعيد يرد عليه أنّه ورد في لفظ آخر التّصريح بأنه «البكر يستأذنها أبوها». وبهذا يقوى قول الحنفيّة في المسألة، ويثبت ترجيحه فيها عند غير واحد من العلماء منهم ابن القيم وابن رشد[١] والشوكاني[٢].

ولقد أوضح ابن القيم أن «موجب هذا الحكم أنّه لا تجبر البكر البالغ على النّكاح، ولا تزوج إلا برضاها، وهذا قول جمهور السلف ومذهب أبي حنيفة وأحمد في إحدى الروايات عنه، وهو القول الذي ندينُ لله به ولا نعتقد سواه، وهو الموافق لحكم رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وأمره ونهيه وقواعد شريعته ومصالح أمته»[٣].

٢- تغير الظروف اليوم عمّا كان عليه وضع المرأة في عهد الأئمة الفقهاء الذين قالوا بإجبار البكر البالغ على النّكاح. ذلك أن الإمامين مالكا والشافعيّ حين قالا بإجبار البكر ولو بالغا على النّكاح دون الثيب ولو كانت صغيرة فإنهما كانا منسجمين مع الوضع الذي كانت تعيشه المرأة في بيئتها، إذ كان الأب هو الذي يتكلف بالأمور التي هي خارج البيت وتظل المرأة ملتزمة بيتها منذ صغرها لا تعرف عمّا يجرب خارجه شيئا حتّى إذا تقدم لخطبتها رجل كان الأب هو الذي يقرر في القبول أو الرفض، وكانت البنت تطمئن لقراره في زواجها، فإذا زوجها لم يكن متهما فيما صنع لكمال شفقته على ابنته، إذا لم يكن يتصور أن يضعها في غير كفء، وإذا رفض لم يلم لحسن ظن أهل بيته به. وهذا ما أكده الشّيخ الدكتور القرضاوي بأن

(١) بداية المجتهد: ج٢/ ٥.

(٢) ينظر نيل الأوطار: ج٦/ ١٢٣.

(٣) زاد المعاد: ج٥/ ٩٦.

«من الإنصاف أن نضع آراءهم في إطارها التاريخي (...) وقد عاش الإمام الشافعيّ في عصر قلما كانت تعرف الفتاة عمن يتقدم لخطبتها شيئا إلا ما يعرفه أهلها عنه، لهذا أعطي والدها خاصة حق تزويجها ولو بغير استئذانها لكمال شفقته عليها وافتراض نضجه وحسن رأيه في اختيار الكفء المناسب لها وانتفاء التهمة في حقه بالنّسبة لها»(١).

هذه هي الطريقة التي كان الإمامان يريان أن يتم عليها تزويج البكر، فهي تختلف عن الثيب؛ لأن هذه تكون قد ثيبت بزواج مكنها من معرفة النَّاس وأكسبها أفكاراً توجه قرارها في الزَّواج ثانية. من أجل هذا لم يكن الإمامان يريان إجبارها على النّكاح.

لكن هذا الوضع الذي راعياه في قولهما هنا تغير اليوم بحيث إن الخروج إلي المجتمع والتعامل مع النَّاس لم يعد مقصوراً على الرجال، فلم يبق معنى لاستمرار العمل بقولهما بناءً على قاعدة تغيُّر الفتوى بتغير الزمان والمكان(٢). وهذا ما ذهب إليه الأستاذ علال الفاسيّ والشّيخ الدكتور يوسف القرضاوي. فقد عبر الأستاذ علال الفاسيّ عن اعتقاده بأن «روح العصر لم تعد صالحة لتطبيق مذهب المالكيّة في الموضوع؛ لأن المرأة المغربيّة على أبواب التطور الذي لا يجعلها مستعدة لقبول مثل هذا التحكم في مصيرها، فالوقت قد حان للعمل بمذهب جمهور الأئمة المسلمين من تخيير البكر والثيب على السواء فيمن تختاره ليكون قرين حياتها»(٣). وذكر الشّيخ الدكتور يوسف القرضاوي أن «الظروف الاجتماعيّة الحديثة التي هيأت للمرأة أن تتعلم وتثقف وتعمل وتطلع على الكثير من شؤون الحياة والمجتمع والعالم، تجعل الفقيه المعاصر يختار في هذه القضية مذهب أبي حنيفة وأصحابه ومن وافقهم من الأئمة الذي جعل الأمر إلي الفتاة واشترط رضاها وإذنها، وهو ما دلت عليه الأحاديث الصّحيحة»(٤).

---

(١) فتاوى معاصرة للقرضاوي: ج٢/ ٣٣٧-٣٤٧.

(٢) خص ابن القيم باباً للحديث عن تغير الفتوى بتغير الزمان والمكان في كتابه إعلام للموقعين.

(٣) النقد الذاتي: ٢٧٩-٢٨٠.

(٤) الاجتهاد في الشريعة الإسلاميّة: ١٢١.

٣- إن العقود في الشريعة الإسلاميّة تبني على الرضي لا على الإكراه، وإن عقد الزَّواج يعد من أخطرها لتعلقه باجتماع شخصين في عصمن زوجية. من أجل هذا كانت الخطبة في الشريعة الإسلاميّة مقدمة له، فهي فترة اختبار تكشف للخاطب والمخطوبة - في إطار ما تبيحه الشريعة - ما يدعوهما إلي الإقدام على إنجاز عقد الزَّواج أو فسخها، حتّى إذا أنجزاه كان إنجازهما على بينة من الأمر. وإن في إجبار البنت على النّكاح تجاوزا لكل هذا وحرمانا لها من حقها في إبداء رأيها في أمر يمسها بالدرجة الأوّلي لأنّها هي التي ستنتقل بعد زواجها إلي بيت زوجها فيجب أن يؤخذ رأيها في ذلك. قال ابن القيم: «إن البكر البالغة العاقلة الرشيدة لا يتصرف أبوها في أقل شئ من ملكها إلا برضاها، ولا يجبرها على إخراج اليسير منه بدون رضاها؛ فكيف يجوز أن يزفها ويخرج منها بضعها بغير رضاها إلي من يريده هو وهي من أكره النَّاس فيه وهو أبغض شيءٍ إليها ومع هذا ينكحها إياه قهراً ويجعلها أسيرة عنده»[1].

(١) زاد المعاد: ج٥/ ٩٧.



الفصل الثاني

الاجتهاد الانتقائيّ في الحقوق الزوجيّة

المبحث الأوّل: ما تشمله نفقة الزوجة

المبحث الثّاني: حكم خدمة المرأة في بيت زوجها

المبحث الثّالث: حكم إعسار الزّوج بنفقة زوجته



المبحث الأوّل

ما تشمله نفقة الزوجة

توطئة:

غير خاف أن للزواج آثاراً والتزامات منها نفقة الزوج على زوجته. فالرجل يتكلف بالإنفاق على زوجته بمقتضى القرآن والسُّنَّة، وليس بين الفقهاء اختلاف في هذه المسألة، ولكن اختلفوا فيما تتكون منه.

أولاً: آراء وأدلة الفقهاء في المسألة:

اختلف الفقهاء قديماً فيما تشمله نفقة الزوجة، فحصرها جمهور الفقهاء في المطعم والملبس والمسكن، وتوسع فيها الزيديّة[1] فأضافوا إلى هذا الذي ذكره الجمهور نفقات علاج الزوجة إذا مرضت. وإلى رأيهم ذهب أغلب الفقهاء المعاصرين.

١ ـ مذهب جمهور الفقهاء وأدلتهم في المسألة:

ذهب جمهور الفقهاء وفيهم الأئمة الأربعة والظاهرية إلى أن ما يجب على الزّوج في النّفقة ثلاثة أشياء هي الطعام والكسوة والمسكن.

فبالنّسبة للمذهب الحنفيّ، جاء في حاشية ابن عابدين[2] أن «النفقة هي الطعام والكسوة

---

(١) فرقة تنسب إلى الإمام زيد بن علي المتوفى سنة ١٢٢ هجرية. (ينظر تاريخ المذاهب الإسلاميّة للشيخ محمّد أبو زهرة: ج٢/ ٤٦٢).

(٢) هو العنوان الذي اشتهر به كتاب: رد المحتار على الدر المختار للفقيه الحنفيّ محمّد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، المتوفي سنة: ١٢٥٢هـ.

والسكن»[١]. فلا يجب على الزّوج غير هذه الأشياء الثلاثة. وصرح الكاساني بأن الزوجة «لو مرضت في الحضر كانت المداواة عليها لا على الزوج»[٢]. بل جاء في فتح القدير أن شمس الأئمة الحلواني[٣] قال: «إذا مرضت مرضاً لا يمكن الانتفاع بها بوجه من الوجوه تسقط النفقة»[٤]. يظهر من هذا النَّص تضييق دائرة الرابطة الزوجيّة بربط وجوب النّفقة على الزّوج بوجود الانتفاع الجنسي. وجاء في حاشية ابن عابدين أيضاً أنّه «لا يلزمه مداواتها»[٥].

وبالنّسبة للمذهب المالكيّ قال الشّيخ خليل: «يجب لممكنة[٦] مطيقة للوطء على البالغ - وليس أحدهما مسرفاً - قوت وإدام وكسوة ومسكن»[٧]. وقال الخرشي في شرحه لقول المختصر «لا مكحلة ودواء وحجامة وثياب المخرج»: «يعني أن الرّجل لا يلزمه المكحلة (...) وكذلك لا يلزمه الدواء عند مرضها لا أعياناً ولا أثماناً ومنه أجرة الطبيب»[٨]. والظاهر أن هذا رأي متأخري المالكيّة.

وبالنّسبة للمذهب الشافعيّ صرح إمام المذهب أن الزّوج «لا يكلف غير الطعام العام ببلده الذي يقتاته مثلها، ومن الكسوة والأدم بقدر ذلك»[٩]. ونقل عنه الماوردي قوله: «ليس على رجل أن يضحي لامرأته ولا يؤدي عنها أجر طبيب ولا حجام»[١٠]. وعلّل السيوطي

---

(١) ينظر حاشية ابن عابدين: ج٥/ ٢٢٣.

(٢) ينظر بدائع الصنائع: ج٤/ ٢٩-٣٠.

(٣) هو أبو محمّد عبد العزيز بن نصر الحلواني، الملقب بشمس الأئمة من أهل بخارى، إمام أهل الرأي بها في وقته مات سنة ٤٥٢ هجرية. ترجمته في الأنساب للسمعاني: ج٢/ ٢٤٨.

(٤) ينظر فتح القدير مع شرحه: ج٤/ ٢٤٧.

(٥) ينظر حاشية ابن عابدين: ج٥/ ٢٢٧.

(٦) هي المرأة التي تمكن زوجها من نفسها إذا دعاها إلى الدخول.

(٧) مختصر خليل مع شرحه للخرشي: ج٤/ ١٨٣.

(٨) المصدر نفسه: ج٤/ ١٨٧.

(٩) ينظر الأم: ج٥/ ١١٥.

(١٠) الحاوي الكبير: ج١١/ ٤٣٥.

قول الشافعيّة بعدم استحقاق الزوجة الدواء للمرض ولأجرة الطبيب بأن «هذه الأمور لحفظ الأصل، فكانت عليها كما يكون على المكري ما يحفظ العين المكراة»[١]. وذكر أن الذي «يلزم الزّوج الطعام والأدم في أيام المرض ولها صرف ما تأخذه إلى الدواء ونحوه»[٢].

وبالنّسبة للمذهب الحنبليّ ذكر ابن قدامة أن الزّوج «لا يجب عليه شراء الأدوية ولا أجرة الطبيب لأنه يراد لإصلاح الجسم فلا يلزمه (...) وتجب عليه كسوتها بإجماع أهل العلم»[٣].

وبالنّسبة لابن حزم فإنّه ذكر أن الذي «على الزّوج كسوة الزوجة - منذ يعقد النّكاح - ونفقتها وما تتوطاه وتتغطاه وتفرشه، وإسكانها كذلك أيضاً صغيرة أو كبيرة ذات أب أو يتيمة غنية أو فقيرة»[٤].

هذه هي أقوالهم في المسألة، ظاهرها أن الزّوج لا يلزمه لزوجته غير إطعامها وإكسائها وإسكانها. وقد كان العمل بمقتضى هذا القول في قانون الأحوال الشخصيّة المصري[٥] قبل

---

(١) روضة الطالبين للنووي: ج٦/ ٤٦٠.

(٢) المصدر نفسه.

(٣) ينظر المغني: ج٩/ ٢٣٥.

(٤) ينظر المحلي: ج٩/ ١١٢ رقم المسألة ١٨٥٤.

(٥) يرجع تاريخ تقنين أحكام الأُسرة في مصر إلى بداية القرن العشرين. وكان القانون الأوّل يحمل رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠، ويتألف من ثلاث عشرة مادة مصدرها المذهب المالكيّ، وهي تتعلّق بالتطليق لعدم الإنفاق وللعيب وللفقد والعدة. وبعده صدر القانون رقم ٥٦ سنة ١٩٢٣ في مادتين لمنع سماع دعوى الزوجيّة قبل أن تبلغ الفتاة ست عشرة سنة والفتى ثمان عشرة سنة وقت إنجاز العقد. ثم صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ تم فيه تعديل بعض المواد من القانون السابق. وفي سنة ١٩٣٦ تم تأليف لجنة لوضع مشروع قانون للأحوال الشخصيّة، فأعدت ثلاثة مشاريع صدر بأحدها القانون رقم ٧٧ سنة ١٩٤٣ تضمن أحكام المواريث. والثاني: صدر به القانون رقم ٤٨ سنة ١٩٤٦ يهم بعض أحكام الأوقاف، والثالث: صدر به القانون رقم ٧١ سنة ١٩٤٦ في شأن أحكام الوصية. وفي ١٦/ ٥/ ١٩٨٥ صدر القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ تم بموجبه تعديل الأحكام الخاصة بالنفقة في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وبعض أحكام الأحوال الشخصيّة في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩. وهي مجموعة في كتاب «تشريعات الأحوال الشخصيّة للمسلمين» لمؤلفه المحامي يس الشاذلي.

تعديله[١]. وبقي قانون الأُسرة في لبنان يعمل بها وينص على أن «النفقة هي تأمين المأكل والملبس والمسكن»[٢]. وإلي هذا القول ذهب الشّيخ المهدي الوزانيّ[٣] في نوازله[٤]، وكذا الشّيخ أبو زهرة فحصر النّفقة في «الإطعام والكسوة والمسكن»[٥]. وربط استحقاق الزوجة النّفقة باستجابتها لطلب زوجها وتمكينها إياه من نفسها، فذكر أن «وجوب التمكين يكون بأن يعد لها النّفقة بأنواعها الثلاثة، فيقدم لها الطعام الذي تحتاج إليه، والكسوة التي تليق به، ويعد المسكن الذي تسكنه»[٦]. ولا يزال بعض من يتصدرون للفتوى في هذا العصر يفتون بهذا الرأي[٧].

واحتجوا بالكتاب والسُّنَّة:

- فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ ﴾[٨]. احتجّ به الإمام الشافعيّ للدّلالة على أن الزّوج «لا يكلف غير الطعام العام ببلده الذي يقتاته مثلها ومن الكسوة والأدم بقدر ذلك»[٩].
- وقوله سبحانه: ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ ﴾[١٠]. احتاجوا به لإيجاب سكني الزوجة على قدر طاقة زوجها. أخذ منه ابن قدامة أنّه «إذا وجبت السكني

(١) ينظر تشريعات الأحوال الشخصيّة في مصر لكمال صالح البنا: ٦٤.

(٢) ينظر قوانين الأحوال الشخصيّة في لبنان للدكتور بشير البيلاني: ١٤٤.

(٣) هو أبو عيسي محمّد المهدي بن محمّد العمراني الوزانيّ الفاسي، مفتي فاس وفقيهها في عصره من المالكيّة، ولد سنة ١٢٦٦هـ، وتوفي سنة ١٣٤٢هـ الموافق ل١٩٢٣م. ترجمته في شجرة النور الزكية: ٤٣٥ والأعلام: ج٧/ ١١٤.

(٤) النوازل الصغرى للشيخ المهدي الوزانيّ: ج٢/ ٤٩٤.

(٥) تنظيم الإسلام للمجتمع للشيخ أبو زهرة: ٨٤.

(٦) محاضرات في عقد الزَّواج وآثاره: ٣٠٤.

(٧) ينظر كتاب «فوائد وفتاوى تهم المرأة المسلمة» : ١٢٨-١٢٩ لمؤلفه عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين.

(٨) سورة الأحزاب، الآية ٥٠.

(٩) الأم: ج٥/ ١١٥.

(١٠) سورة الطلاق، الآية ٦.

للمطلقة فالتي في صلب النّكاح أولي. قال الله تعالى: ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾، ومن المعروف أن يسكنها في مسكن، ولأنها لا تستغني عن المسكن للاستتار عن العيون وفي التصرف والاستمتاع وحفظ المتاع (...)؛ ولأنه واجب لها لمصلحتها في الدوام؛ فجرى مجرى النّفقة والكسوة»[١].

- ومن السُّنَّة قوله صلّى الله عليه وسلّم في خطبة الوداع: «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»[٢]، فهو يفيد وجوب الإنفاق على الزوجة بالمعروف. ووردت النّفقة فيه محصورة في الرزق والكسوة؛ لأنهما تتجددان، وورد تأكيدهما فيما أجاب به رسول الله صلّى الله عليه وسلّم حكيم بن معاوية[٣] حين سأله «ما حق زوجة أحدنا عليه؟ «فقال: «أن تطعمها إذا طعمت وتكسوها إذا اكتسيت»[٤]. وأيضاً في قوله صلّى الله عليه وسلّم: «وحقهنَّ عليكم أن تحسنوا إليهنَّ في كسوتهنَّ وطعامهن»[٥].

وأما وجوب إسكان الزّوج فيدل عليه القرآن، والأحاديث التي ورد فيها نهي النّساء عن الخروج من بيوتهن إلا بإذن أزواجهن.

٢ـ مذهب الزيديّة:

الذي عليه مذهب الزيديّة أن أجرة الدواء تدخل فيما يجب للزوجة على زوجها من

---

(١) المغني: ج٩/ ٢٣٧.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الحج باب صفة حج النبي صلّى الله عليه وسلّم. وسنن الترمذي: كتاب النّكاح رقم الحديث ١١٥٩؛ بلفظ «ألا وحقهنَّ عليكم أن تحسنوا إليهنَّ في كسوتهن وطعامهن».

(٣) هو حكيم بن معاوية النميري، نقل ابن حجر عن ابن عبد البر أن «كل من جمع في الصحابة جمعه فيهم» وأورد قول البخاري أن في صحبته نظرا. (ينظر الإصابة لابن حجر: ج٢/ ١٨٠٩).

(٤) سنن أبي داود: كتاب النّكاح رقم الحديث ٢١٤٢. ومسند الإمام أحمد رقم الحديث ١٩٥١١.

(٥) سنن الترمذي: أبواب الرّضاع رقم الحديث ٩٢٩. وكتاب تفسير القرآن رقم الحديث ٣٠٨٧. وسنن ابن ماجة: كتاب النّكاح رقم الحديث ١٨٥١.

النفقة[١]. هذا ما ذكره الشوكاني وأوضح أن «وجهه - يعني وجوب الدواء - أن وجوب وجوب النّفقة عليه هي لحفظ صحتها، والدواء من جملة ما يحفظ به صحتها»[٢].

وبهذا القول عملت أغلب قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة فجعلت نفقات علاج الزوجة - إذا مرضت - واجبة على الزّوج مثلما يجب عليه طعامها ولباسها ومسكنها. جاء في الفقرة الثّانية من المادّة الأولى من قانون الأحوال الشخصيّة المصري رقم: ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أنّه «تشمل النّفقة الغذاء والكسوة والسكن ومصاريف العلاج». وصرحت مذكرته الإيضاحية أن هذه الفقرة جاءت بما ذهب إليه مذهب الزيديّة[٣]. وجاء في المادّة الحادية والسبعين من قانون الأحوال الشخصيّة السوري أن «النفقة الزوجيّة تشمل الطعام والكسوة والسكني والتطبيب بالقدر المعروف وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها خادم». وجاء في الفقرة الأولى من الفصل الخامس والثلاثين من مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة أن من حقوق المرأة على زوجها «النفقة الشرعيّة من طعام وكسوة وتمريض وإسكان» وجاء في الفصل الثّامن عشر ومائة منها أن نفقة الزوجة تشمل «السكني والطعام والكسوة والتمريض بالقدر المعروف وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة». وجاء في المادّة الثّامنة والسبعين من قانون الأُسرة الجزائريّ أن النّفقة تشمل «الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة». وجاء في المادّة الثّانية والعشرين من قانون الأُسرة الليبي رقم ١٠ لسنة ١٩٨٤ أنها تشمل «السكن والطعام والكسوة والعلاج وكل مقومات الحياة».

ظاهر هذه النّصوص جميعها أن تطبيب الزوجة مما يجب لها على زوجها إذا مرضت. وهو الرأي الذي اختاره الشّيخ الدكتور يوسف القرضاوي لقوله صلّى الله عليه وسلّم: «خذي ما

---

(١) ينظر البحر الزخار: ج٣/ ٢٧٢.

(٢) السيل الجرار: ج٢/ ٤٤٨.

(٣) ينظر تشريعات الأحوال الشخصيّة للمسلمين: ٦٤.

يكفيك وولدك بالمعروف»[١]. «فظاهره أن ذلك غير مختص بمجرد الطعام والشراب، بل يعم جميع ما يحتاج إليه، فيدخل تحته الفضلات (الكماليات) التي قد صارت بالاستمرار عليها مألوفة بحيث يحصل التعذر بمفارقتها أو التضجر أو التكدر، ويختلف ذلك باختلاف الأشخاص والأزمنة والأمكنة والأحوال ويدخل فيه الأدوية ونحوها، وإليه يشير قوله تعالى: ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾[٢]، فإنّه نص في نوع من أنواع النفقات إذ الواجب على من عليه النّفقة رزق من عليه إنفاقه والرزق يشمل ما ذكرناه»[٣].

ثانياً: سبب الاختلاف:

يظهر من خلال ما أورده الفريقان من أدلّة أنهم شركاء فيها، فالأدلة التي احتجّ بها جمهور الفقهاء في المسألة هي الأدلة نفسها التي احتجّ بها الزيديّة ومن سار على رأيهم، فحصر الجمهور ما تشمله النّفقة فيما ورد ذكره فيها فاختصت عندهم بالطعام واللباس والسكني بينما أخذ الفريق الثّاني منها أنها غير مختصة بذلك وأنه يدخل فيها كل ما تقوم به حياة الإنسان.

ثالثاً: الترجيح:

يمكن بعد عرض رأي وأدلّة الفريقين في المسألة والتأكل فيها أن نرجح الرأي الذي قال به الزيديّة وهو إلزام الزّوج بتطبيب زوجته إذا مرضت كما يلزمه إطعامها لما يلي:

١- بيان رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أن أعظم نفقة الرّجل أجراً؛ ما ينفقه على أهله في قوله عليه الصلاة والسلام: «دينار أنفقته في سبيل الله ودينار أنفقته في رقبة، ودينار

---

(١) طرف من حديث عائشة في صحيح البخاري: كتاب النفقات باب إذا لم ينفق الرّجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف رقم الحديث ٥٣٦٤.

(٢) سورة البقرة، الآية ٢٣٣.

(٣) فتاوى معاصرة للشيخ القرضاوي: ج٢/ ١٧٢.

تصدقت به على مسكين ودينار أنفقته على أهلك»[١]. ففيه تقديم إنفاق الرّجل على أهله على الإنفاق في سبيل الله و على الإنفاق في الرقاب و على التصدق على المساكين. ومعلوم أن الإنفاق على أحد لا يكون إلا لدفع ضرر عنه، وأي ضرر يصيب الزوجة أكبر من أن تصاب بمرض قد يكون سببه كثرة اشتغالها في بيتها، أو يصيبها أثناء حملها أو بعد ولادتها؟ لا شك أن هذا الضرر لا يمكن دفعه بسوق الطعام - مهما تنوع - أو الملبس إليها مهما غلا ثمنه، وإنّما يمكن دفعه بالدرجة الأوّلي بالتطبيب واستعمال الأدوية فتشفي بإذن الله.

٢- إن الله تعالى أمر الأزواج أن يعاشروا زوجاتهم بالمعروف في قوله: ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾[٢]. فهل يكون من المعروف أن يترك أحد زوجته مريضة فلا يهتم بصحتها؟ وهل من حسن العشرة أن ينفق عليها في حال صحتها، فإذا مرضت أرسلها إلي أهلها ليتكلفوا بعلاجها؟

إن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم دعا الأزواج إلى ملاطفة نسائهم والصبر على ما لا يستقيم من أخلاقهن، كما دعا النّساء إلى حسن تبعل أزواجهن فبين عليه الصلاة والسلام أن أعلى رتبة في الخير وأحق النَّاس بالاتصاف بها من كان خيرا لأهله فقال صلّى الله عليه وسلّم: «أكمل المؤمنين إيماناً أحسنهم خلقاً، وخياركم خياركم لنسائهم خلقاً»[٣]. وقال أيضا: «خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي». فأفاد أن «الأهل هم الأحقاء بالبشر وحسن الخلق والإحسان وجلب النفع ودفع الضر»[٤].

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الزكاة، رقم الحديث ٩٩٥. ومسند الإمام أحمد: رقم الحديث ٩٧٦٩و ٩٨١٨.

(٢) سورة النساء، الآية ١٩.

(٣) سنن الترمذي: كتاب الرضاع، رقم الحديث ١١٦٢، وقال أبو عيسى: «هذا حديث حسن صحيح». ونحوه في سنن ابن ماجة: كتاب النّكاح رقم الحديث ١٩٧٨ ومسند الأمام أحمد: رقم الحديث ٩٧٥٦.

(٤) ينظر نيل الأوطار: ج٦/ ٢٠٧.

وهذا يحصل إذا كانت عناية الأزواج ببنية زوجاتهم كعنايتهم بصحتهم. وهو ما كان يقوم به رسول الله صلّى الله عليه وسلّم مع نسائه إذا مرضت إحداهن. ففي حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي صلّى الله عليه وسلّم «كان يعود بعض أهله، يمسح بيده اليمني ويقول: اللهم رب النَّاس أذهب الباس، اشفه وأنت الشافي لا شفاء إلا شفاؤك شفاء لا يغادر سقماً»[1]. وأخرج البخاري بسنده إلى ابن عمر رضي الله عنهما قال: «أما تغيب عثمان عن بدر؛ فإنّه كانت تحته بنت رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وكانت مريضة فقال النبي صلّى الله عليه وسلّم: «إن لك أجر رجل ممن شهد بدرا وسهمه»[2]. فثبت بهذا أن تمريض الزّوج زوجته هو عمل رسول الله ودأب الصحابة مع زوجاتهم، وأنه يتقدم سائر ما تحتاجه الزوجة في غير حال مرضها.

ثم إن الفقهاء أوجبوا النّفقة أوجبوا النّفقة للزوجة إذا مكنت زوجها من نفسها قبل مرضها، ولم يسقطوا نفقتها بمرضها. فحكي ابن القيم قولهم: «لو تعذر من المرأة الاستمتاع لمرض فتطاول وأعسرت بالجماع؛ لم يمكن الزّوج من فسخ النّكاح، بل يوجبون عليه النّفقة كاملة مع إعسار زوجته بالوطء»[3].

من أجل هذا كان اللازم أن يختار الزّوج من نفقة زوجته ما يقيم عودها ليستمتعا ببعضهما. وإن ما تحتاجه المرأة في مرضها أن نتناول الدواء لا الطعام وحده، لأن المرء إذا مرض يفقد شهية الأكل حتّى يشفى. وهنا تتقدم نفقات العلاج على الإطعام؛ لأن الغاية من الإنفاق على الزوجة حفظ نفسها وهذا واجب، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

---

(١) صحيح البخاري: كتاب الطب، رقم الحديث ٥٧٤٣. وصحيح مسلم بشرح النووي: كتاب السلام، رقم الحديث ٢١٩١.

(٢) صحيح البخاري كتاب فرض الخمس، رقم الحديث ٣١٣٠، وكتاب المغازي، رقم الحديث ٤٠٦٦.

(٣) زاد معاد: ج٤/ ٢٥٠.

ولعل الأئمة الفقهاء لم يذكروا نفقات التطبيب ضمن ما يجب للزوجة على زوجها؛ لأن «المداواة لم تكن في الماضي حاجة أساسية، فلا يحتاج الإنسان غالبا إلى العلاج؛ لأنه يلتزم قواعد الصحة والوقاية، فاجتهاد الفقهاء مبني على عرف قائم في عصرهم»[١].

٣- إن الشّرع ترك أمر تقدير النّفقة إلي العرف، وقد تعارف النَّاس على أن الرّجل كما ينفق من أجل إطعام زوجته وإسكانها وإلباسها؛ فإنّه ينفق عليها من اجل تطبيبها. «وما من شك أن أهل العرف يذمون الزّوج القادر وينكرون عليه إذا أهمل زوجته المحتاجة إلى العلاج»[٢].

(١) ينظر الفقه الإسلاميّ وأدلته: ج٧/ ٧٩٤.

(٢) الفقه المقارن للأحوال الشخصيّة لبدران أبو العينين بدران: ٢٥١.

المبحث الثاني

حكم خدمة المرأة في بيت زوجها[1]

يختلف عقد الزَّواج عن غيره من العقود في كونه عقد مكارمة لا عقد مشاحة ومساومة؛ فالحياة الزوجية يتحمل مسؤولية نجاحها الزوجان معاً، فيتطاوعان من أجل استقرارها واستمرارها. ومن هنا لم تكن العلاقة بينهما في نظر الشّرع علاقة رئيس ومرؤوس ولكن علاقة مسؤولية ورعاية؛ فتجد الرّجل يكد شعوراً منه بالمسؤولية من أجل تحمل العبء الماديّ لأسرته، والزوجة من جهتها تساعده على ذلك فتكفيه تدبير شؤون البيت. وإذا كان الاتفاق حاصلاً بين الفقهاء على أن الرّجل يقوم بذلك من باب الواجب الشرعيّ؛ فإنهم اختلفوا في حكم ما تقوم به زوجته من أشغال داخل بيتها.

أولاً: آراء وأدلة الفقهاء في المسألة:

ناقش الفقهاء قديماً وحديثاً مسألة قيام الزوجة بأشغال بيتها[2]، واختلفوا في حكمها. فقال الجمهور: لا يجب على المرأة أن تقوم بالخدمة في بيت زوجها، وقال بعض الفقهاء: يجب عليها ذلك. وأكد هذا الاختلاف ابن رشد فقال: «وأما حقوق الزّوج على الزوجة بالرّضاع وخدمة البيت على اختلاف بينهم في ذلك»[3]. وهذا تفصيل قولهم فيها:

---

(١) نخص في هذا المبحث المرأة التي تزوجها زوجها ولم يكن لها عمل تقوم به خارج بيتها والتحقت ببيت الزوجيّة على ذلك هل يجب عليها أن تخدم زوجها في بيته أم لا؟ ولا تدخل فيه المرأة التي تزوجت ولها عمل خارجي تقوم به فإنّ هذه يكون زوجها قد رضي بما تعمله ووافق على عدم تفرغها لبيتها فيعملان بما اتفقا عليه.

(٢) يراد بأشغال البيت الخدمة الباطنة في البيت من طبخ وتنظيف وخبز وغيره. (ينظر المنتقى: ج٤/ ١٣٠ وشرح الخرشي على المختصر: ج٤/ ١٨٧).

(٣) بداية المجتهد: ج٢/ ٦٥.

١- مذهب الجمهور:

ذهب جمهور الفقهاء وفيهم الأئمة الأربعة وابن حزم إلى أنّه لا يجب على المرأة أن تخدم زوجها في بيته. قال ابن القيم: «منعت طائفة وجوب خدمتها عليه في شيء. وممن ذهب إلى ذلك مالك والشافعيّ وابو حنيفة وأهل الظاهر»[١]. وفي الحقيقة فإنّ في كل مذهب تفصيلاً في المسألة هذا ملخصه:

فبالنّسبة للحنفية فإنهم أوجبوا على الرّجل أن يوفر لزوجته من يخدمها. قال أبو جعفر الطحاوي: «على الزّوج النّفقة على زوجته فيما لا غنى بها عنه من طعام ومن شراب ومن خدمة بالمعروف على الموسع قدره وعلى المقتر قدره، وعلى الزّوج أن ينفق لزوجته على خادمها وليس عليه أن ينفق لها على أكثر منها من الخدم بعد أن تكون تلك الخادمة متفرغة لخدمتها لا شغل لها غيرها»[٢]. لكن هذا ميقد عندهم بما إذا كانت الزوجة من أهل الإخدام وإلا فقد جاء في حاشية ابن عابدين أن المرأة إذا «كانت ممن يخدم نفسها وتقدر على ذلك لا يجب عليه يعني إخدامها ولا يجوز أخذ الأجرة على ذلك لوجوبه عليها ديانة ولو شريفة، لأنه عليه الصلاة والسلام قسم الأعمال بين علي وفاطمة فجعل أعمال الخارج على علي رضي الله عنه والداخل على فاطمة رضي الله عنها مع أنها سيدة نساء العالمين»[٣]. وإن التمييز بين المرأة التي هي من أهل الإخدام وبين التي ليست من أهله صريح في قول السرخسي: «فإن كان لها خدم فرض القاضي لخادم واحد؛ لأن الزّوج محتاج إلى القيام بحوائجها، وأقرب ذلك إصلاح الطعام لها. وخادمها ينوب عنه في ذلك فيلزمه نفقة خادمها بالمعروف (...) فإنّ لم يكن لها خادم لم تفرض نفقة الخادم عليه»[٤].

---

(١) زاد المعاد: ج٥/ ١٨٨.

(٢) مختصر الطحاوي: ٢٢٣.

(٣) ينظر حاشية ابن عابدين: ج٥/ ٢٣١ وعند الكاساني أنها «تجبر عليه إن أبت» (ينظر بدائع الصنائع: ج٤/ ٣٤).

(٤) المبسوط: ج٥/ ١٨١.

وبالنّسبة للمالكية فإنهم نظروا إلى المسألة من جانبين؛ أحدهما حال المرأة بحيث فرَّقوا بين التي هي من أهل الإخدام فهذه معفاة عندهم من خدمة البيت ويتكلف الزّوج بتوفير من يخدمها وبين التي هي ليست من أهل الإخدام فتلزمها خدمة البيت. والجانب الثّاني: حال الزّوج من حيث اليسر والعسر، فيلزم الموسر وحده عندهم توفير خادم لزوجته. وفي هذا قال الباجي: «عليه إخدامها إن كانت ممن لا تخدم نفسها لمالها وغنى زوجها وليس من الخدمة الباطنة في بيتها شيء (...) وإن كانت من أهل الضعة وليس في صداقها ما تشتري به خادماً؛ فليس على الزّوج أن يخدمها وعليها الخدمة الباطنة. (...)، وإن كان الزّوج معسراً فليس عليه إخدامها وإن كانت ذات قدر وشرف، وعليها الخدمة كالدنية»[١]. وقال الخرشي عند قول المختصر: «وإخدام أهله»: «ضمير أهله عائد على الإخدام لا على الزّوج فكأنه قال: وإخدام أهل الإخدام (...) فكأنه لشدة الاختصار أشار لاشتراط الأهلية فيهما، ففي الزّوج لسعته وفي الزوجة لشرفها»[٢]. وقال أيضاً عند قوله: «وإلا فعليها الخدمة الباطنة»: «يعني أن المرأة إن لم تكن أهلاً لأن يخدمها زوجها بأن لم تكن من أشراف النَّاس بل كانت من لفيفهم أو كان زوجها فقير الحال ولو كانت أهلاً للإخدام فإنّه يلزمها الخدمة في بيتها بنفسها أو بغيرها (...) إن كانت عادة بلدها»[٣].

وقد نقل الإفتاء بهذا الرأي الشّيخ محمّد المهدي الوزانيّ في نوازله[٤]. وبه أخذ قانون الأحوال الشخصيّة السوري والعراقي فجاء في الفقرة الخامسة من المادّة الحادية والسبعين من القانون السوري أن مما يجب على الزّوج «خدمة الزوجة إن كان لأمثالها خدم». وجاء في الفقرة الثّانية من المادّة الرّابعة والعشرين من قانون الأحوال الشخصيّة العراقي أن نفقة الزوجة تشمل «خدمة الزوجة التي يكون لأمثالها معين».

---

(١) المنتقى: ج٤/ ١٣٠.

(٢) شرح الخرشي على المختصر: ج٤/ ١٨٦.

(٣) المصدر نفسه: ج٤/ ١٨٦ ونحوه في القوانين الفقهيّة لابن جزي: ١٤٧.

(٤) ينظر النوازل الصغرى: ج٤/ ٤٧٣.

ولم يقبل ابن قيم الجوزية وهو من القائلين بوجوب خدمة الزوجة في بيتها التمييز بين النّساء في هذه المسألة، فذكر أنّه «لا يصح التفريق بين شريفة ودنيئة وفقيرة وغنية»[١]. وكذلك رأى الأستاذ علال الفاسيّ أنها تفرقة «لا مسوغ لها في روح الشريعة الإسلاميّة»[٢].

وبالنّسبة للشافعية فإنّ الإمام الشافعيّ ذهب إلى قول المالكيّة في المسألة، غير أنه لم يراع حال الزّوج المادية كما راعاها المالكيّة فألزمه بتوفير من يخدم زوجته إذا كانت من أهل الإخدام في حالة يسره وعسره معاً فقال: «وإن كان مثلها لا يخدم نفسها؛ وجبت عليه نفقة خادم لها»[٣]. وقال عند حديثه عن قول الله تعالى: ﴿ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُوا۟ ﴾[٤] «يحتمل أن يكون عليه لخادمها نفقة إذا كانت ممن يعرف أنها لا تخدم نفسها، وهو مذهب غير واحد من أهل العلم، فيفرض على الرّجل نفقة خادم واحد للمرأة التي - الأغلب أن - مثلها لا تخدم نفسها وليس عليه أكثر من نفقة خادم واحد فإذا لم يكن لها خادم فلا أعلمه يجبر على أن يعطيها خادماً ولكن يجبر على من يصنع لها من طعامها ما لا تصنعه هي ويدخل عليها ما لا تخرج لإدخاله من ماء ومن مصلحتها لا يجاوز به ذلك»[٥]. ونفى الشيرازي وهو من الشافعيّة أن يكون واجباً على الزوجة «خدمة في الخبز والطحن والطبخ والغسل وغيرها من الخدمة؛ لأن المعقود عليه من جهتها هو الاستمتاع فلا يلزمها ما سواه»[٦].

واحتجّ لهذا الرأي أبو الحسن الماوردي بقوله تعالى: ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾[٧] فجعل الخدمة من المعود[٨] المعروف. وبقوله صلّى الله عليه وسلّم لهند بنت عتبة زوجة أبي

---

(١) ينظر زاد المعاد: ج٥/ ١٨٨.

(٢) ينظر التقريب شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة: ١٩٥.

(٣) الأم: ج٥/ ١١٥.

(٤) سورة النساء، الآية ٣.

(٥) المصدر نفسه: ج٥/ ١١٥.

(٦) المهذب من شرحه المجموع للشيرازي: ج١٦/ ٤٢٥.

(٧) سورة النساء، الآية ١٩.

(٨) هكذا ورد التعبير عند الماوردي في كتابه، ولعل السياق يفيد أنّه يريد المعتاد.

سفيان: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[1]. فعد الخادم من المعروف وهو خاص بالمرأة التي يكون لمثلها خدم[2].

وبالنّسبة للحنابلة فإنّ لهم رأيين في المسألة، أحدهما: أن الزوجة لا تلزم بخدمة زوجها في بيته سواء أكانت شريفة أم وضيعة لاختصاصها بالاستمتاع، اللهم إلا أن يكون العرف جرى على أن تقوم المرأة بخدمة البيت فيكون الأوّلى أن تقوم بها. وهذا ظاهر قول ابن قدامة: «وليس على المرأة خدمة زوجها من العجن والخبز والطحن وأشباهه، نص عليه أحمد. (...) ولنا أن المعقود عليه من جهتها الاستمتاع فلا يلزمها غيره كسقي دوابه وحصاد زرعه (...) ولكن الأوّلى لها فعل ما جرت عليه العادة بقيامها به؛ لأنه العادة ولا تصلح الحال إلا به ولا تنتظم المعيشة بدونه»[3]. وأيضاً هو ظاهر ما جاء في كشاف القناع: «فإن احتاجت الزوجة إلى من يخدمها لكون مثلها لا يخدم نفسها أو لموضعها ولا خادم لها؛ لزمه لها خادم لقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ ولأنه مما يحتاج إليه على الدوام»[4]. والثاني أنها تلزم بها بحسب حالها، فإنّ كانت من أهل الإخدام تعفي منها ويتكلف الزّوج بتوفير من يخدمها، وإن لم تكن من أهله لزمتها الخدمة.

ظاهر هذه النّصوص أن مذهب الحنابلة يوافق مذهب المالكيّة في هذه المسألة بنظرهم فيها إلى حال الزوجة هل هي من أهل الإخدام أم لا؟ ويوافق قول الحنفيّة في القول الآخر ليس على الزوجة خدمة البيت، وهو معلل عندهم بأن المعقود عليه من جهتها الاستمتاع مع أنّه حق مشترك بينهما.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب النفقات رقم الحديث ٥٣٦٤، ومسلم في كتاب الأقضية رقم الحديث ١٧١٤.

(٢) الحاوي الكبير: ج١١/ ٤١٨.

(٣) المغني: ج٨/ ١٣١-١٣٠.

(٤) ينظر كشاف القناع: ج٥/ ٤٦٣.

وبالنّسبة لابن حزم فإنّه نفى أن يكون من الواجب على الزوجة شريفة كانت أو وضيعة أن تخدم زوجها في شيء من أعمال البيت، ويرى استحباب قيامها بالخدمة الباطنة متطوعة، فأعلن أنّه «لا يلزم المرأة أن تخدم زوجها في شيء أصلاً لا في العجن ولا في الطبخ ولا فرش ولا كنس ولا غزل ولا غير ذلك أصلاً. ولو أنها فعلت لكان أفضل لها، وعلى الزّوج أن يأتيها بكسوتها مخيطة تامة وبالطعام مطبوخاً تاماً»[١]. وحصر ما يجب على المرأة نحو زوجها في «أن تحسن معاشرته ولا تصوم تطوعاً وهو حاضر إلا بإذنه، ولا تدخل بيته من يكره، وأن لا تمنعه نفسها متى أراد، وأن تحفظ ما جعل عندها من ماله»[٢]. ورأيه هذا بناه على عدم وجود نص في الشّرع يلزم المرأة بالخدمة الباطنة.

وإن ما ورد من أحاديث مثل حديث فاطمة بنت رسول الله صلّى الله عليه وسلّم الذي اشتكت فيه إلى أبيها على ما تلقاهُ من تعب مصالح البيت وعدم استجابته لطلبها بتوفير خادم لها[٣]. وكذا حديث أسماء بنت أبي بكر الذي وصفت فيه ما كانت تقوم به في خدمة زوجها الزبير؛ فلم ير فيهما حجة للقول بوجوب ذلك عليهما؛ لأنه «ليس في شيء منها ولا من غيرها أنّه عليه الصلاة والسلام أمرهما بذلك، إنما كانتا متبرعتين بذلك وهما أهل الفضل والمبرة رضي الله عنهما. ونحن لا نمنع من ذلك إن تطوعت المرأة به إنما نتكلم على سر الحق الذي تجب فيه الفتيا والقضاء بإلزامه»[٤]. وقد جعلهما متبرعتين بها أيضاً الإمام النووي[٥].

بهذا يظهر أن ابن حزم لا يرى وجوب خدمة الزوجة في بيت زوجها إلا أن تتبرع بها. وإلى قوله ذهب علال الفاسيّ فذكر أنّه «إذا طاعت به باختيارها فحبذا وإلا فإنّ للزوج أن

---

(١) ينظر المحلي: ج٩/ ٢٢٧ رقم المسألة ١٩٠٦.

(٢) المصدر نفسه: ج٩/ ٢٢٧٢٢٨.

(٣) سيأتي تخريجه عند بيان مذهب القائلين بوجوب الخدمة الباطنة على المرأة.

(٤) ينظر المحلى: ج٩/ ٢٢٨ رقم ١٩٠٦.

(٥) ينظر شرحه لحديث فاطمة رضي الله عنها في صحيح مسلم رقم الحديث ٢٠٩١.

يخدمها من يقوم بشؤونه وشؤونها، وعند العجز يخدمان معاً. هذا ما تقتضيه الزوجيّة المبينة على روح التعاون وحسن العشرة (...) وعلى كل حال فالزّواج مبنيٌّ على المكارمة، لا بد للزوجة أ، تراعي ذلك فتحسن في خدمة نفسها وزوجها وعلى الرّجل كذلك أن يخدمها لئلا تشعر بأنها ليست زوجة وإنّما هي خادمة»(١).

هذا هو قول جمهور الفقهاء في المسألة إنهم لم يجعلوا خدمة البيت أمراً واجباً عليها. ويتف الحنفيّة والمالكية والشافعيّة على أن المرأة إذا كانت من أهل الإخدام وجب على زوجها أن يأتيها بخادم تخدمها. وإلى قولهم ذهبت أغلب قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة(٢) فحصرت دور الزوجة في الإشراف على بيتها وتنظيم شؤونه. فذكرت مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة الحقوق التي للزوج على زوجته ونصت في الفقرة الرّابعة من الفصل السّادس والثلاثين على أن منها حق «الإشراف على البيت وتنظيم شؤونه». ونص قانون الأُسرة الليبي في الفقرة (ج) من المادّة الثّامنة عشرة على أ، منها حق «الإشراف على بيت الزوجيّة وتنظيم شؤونه والمحافظة عليه». وجاء في الفقرة الثّانية من المادّة الثّانية والأربعين من وثيقة الكويت للأحوال الشخصيّة ذكر حق «الإشراف على البيت وتنظيم شؤونه والحفاظ على موجوداته».

ظاهر هذه النّصوص أن عمل المرأة في بيتها ينحصر في الإشراف عليه وتنظيم شؤونه والحفاظ على محتوياته. هذا ما استفاده الأستاذ علال الفاسيّ من قول مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة المذكور فقال: «يظهر من تعبير المدوّنة أن الخدمة الداخلية من عجن وطبخ وكنس وفرش واشتقاء ماء لا يجب على المرأة؛ لأن ذلك غير الإشراف والتنظيم»(٣).

(١) ينظر التقريب شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة: ١٩٥.

(٢) سبق القول إن قانون الأُسرة السوري والعراقي اختار العمل بالمذهب المالكيّ فميَّزا بين المرأة التي هي من أهل الإخدام وبين التي ليست من أهله.

(٣) التقريب شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة: ١٩٤.

٢- مذهب من قالوا بوجوب خدمة المرأة في بيت زوجها:

هذا مذهب ابن تيمية وابن قيم الجوزية، صرحا به في غير موضع من كتبهما. ونسبه غير واحد من العلماء إلى أبي بكر بن أبي شيبة[١] وأبي إسحاق الجوزجاني[٢].

أما ابن تيمية فحكى اختلاف العلماء في المسألة وضعف قول من منعوا وجوب الخدمة الباطنة على الزوجة بقوله: «تنازع العلماء هل عليها أ، تخدمه في مثل فراش المنزل ومناولة الطعام والشراب والخبز والطحن والطعام لماليكه وبهائمه مثل علف دابته ونحو ذلك. فمنهم من قال: لا تجب الخدمة، وهذا القول ضعيف كضعف قول من قال: لا تجب عليه العشرة والوطء. فإنّ هذا ليس معاشرة له بالمعروف بل الصاحب في السفر الذي هو نظير الإنسان وصاحبه في المسكن إن لم يعاونه في مصلحة لم يكن قد عاشره بالمعروف. وقيل وهو الصواب وجوب الخدمة فإنّ الزّوج سيدها في كتاب الله[٣]، وهي عانية عنده بسنة رسول الله صلّى الله عليه وسلّم[٤]. وعلى العاني والعبد الخدمة، ولأن ذلك هو المعروف»[٥].

وأما ابن القيم فصرَّح بأن «ترفيه المرأة وخدمة الزّوج وكنسه وطحنه وعجنه وغسله وفرشه وقيامه بخدمة البيت من المنكر»[٦]. وهو ما يؤخذ منه أنّه يرى من المعروف أن تقوم المرأة بالخدمة الباطنة.

---

(١) هو عبد الله بن محمّد بن أبي شيبة العبسي مولاهم الكوفي صاحب المسند والمصنف وغير ذلك، توفي في محرم سنة ٢٣٥هـ. ترجمته في تقريب التهذيب: ج١/ ٤٤٥ رقم ٥٨٩.

(٢) هو أبو إسحاق إبراهيم بن يعقوب بن إسحاق الجوزجاني توفي سنة ٢٥٩هـ ذكر الذهبي أنّه «أحد أئمة الجرح والتعديل» ترجمته في تذكرة الحفاظ للذهبي: ج٢/ ٥٤٩ وتهذيب التهذيب: ج١/ ١٨١ والأنساب: ج٣/ ٤٠٠.

(٣) يعني قوله تعالى: «وألفيا سيدها لدى الباب» (يوسف ٢٥. وهذا القول مروي عن زيد بن ثابت فإنّه قال: «الزوج سيد في كتاب الله، وقرأ قوله تعالى: «وألفيا سيدها لدى الباب» (يوسف ٢٥).

(٤) يعني قوله صلّى الله عليه وسلّم: «اتقوا الله في النّساء فإنهن عوان عندكم» أخرجه الترمذي في كتاب النّكاح باب ما جاء في حق المرأة على زوجها رقم الحديث ١١٦٣.

(٥) الفتاوي الكبرى لابن تيمية: ج٣/ ٢٣٢.

(٦) زاد المعاد: ج٥/ ١٨٨.

وإلى هذا القول ذهب من الفقهاء المعاصرين الشّيخ محمّد عبده والشّيخ محمود شلتوت والشّيخ محمّد أبو زهرة والشّيخ الدكتور يوسف القرضاوي، مع إرشادهم إلى أن يوفر الزّوج لزوجته من يعينها على أعمال البيت إذا توفرت قدرته على ذلك. فعند الشّيخ محمّد عبده أن المماثلة بين الزّوجين تكمن في «توزيع الأعمال بين الزّوجين؛ على المرأة تدبير المنزل والقيام بالأعمال فيه، وعلى الرّجل السعي والكسب خارجه. (...) وهو لا ينافي استعانة كل منهما بالخدم والأجراء عند الحاجة إلى ذلك مع القدرة عليه، ولا مساعدة كل منهما للآخر في عمله أحياناً إذا كانت هناك ضرورة، وإنّما ذلك هو الأصل والتقسيم الفطري الذي تقوم به مصلحة الناس»[١]. وهذا مبني عنده على ما قضى به رسول الله صلّى الله عليه وسلّم بين بنته وصهره علي بن أبي طالب، إذ لم يستجب لطلبها أن يوفر لها خادماً تعينها على أشغال البيت لعدم قدرته على ذلك. وعند الشّيخ محمود شلتوت أن «الحق الذي تهدي إليه الفطرة في شأن الزّوجين هو ما قضى به النبي صلّى الله عليه وسلّم بين علي وفاطمة؛ قضى على ابنته بخدمة البيت ورعايته وعلى زوجها بما كان خارجاً عن البيت من عمل؛ فعليها تدبير المنزل ورعاية الأطفال وعلى الرّجل السعي والكسب. وبهذا التوزيع تتحقق المماثلة التي قررها القرآن الكريم»[٢]. وعند الشّيخ أبو زهرة أنّه «ليس من الشّرع الإسلاميّ في شيء قول من يقول: إن المرأة «ليس عليها خدمة بيتها أو القيام على شؤونه، وهو بعيد عن الإسلام بعده عن المألوف المعروف»[٣]. وبين أن قيام المرأة بأشغال البيت حق «جرى به العرف[٤] في كل العصور»[٥]. وكذلك قال الشّيخ الدكتور يوسف القرضاوي: «نرى الحق مع الرأي الآخر الذي يكل إلى المرأة خدمة زوجها في مصالح البيت»[٦].

---

(١) الأعمال الكاملة للشيخ محمّد عبده: ج٤/ ٦٣٣.

(٢) الإسلام عقيدة وشريعة: ١٦٢.

(٣) الأحوال الشخصيّة: ١٧١.

(٤) ينتقد بعض الدارسين ومنهم الدكتور أحمد الخمليشي اعتماد الفقه على ما جرى به العرف في إلزام المرأة بالقيام بأشغال البيت. (ينظر وجهة نظر: ٢٦١).

(٥) ينظر الأحوال الشخصيّة: ١٨٨.

(٦) فتاوى معاصرة للقرضاوي: ج٢/ ١٠٥.

واحتجوا بأدلة من الكتاب والسُّنَّة النبوية وبالعرف:

أ- فمما احتجوا به من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾[١]. أخذ منه الشّيخ محمّد عبده أنّه «يدل على اعتبار العرف في حقوق كل الزّوجين على الآخر ما لم يحل العرف حراماً أو يحرم حلالاً مما عرف بالنص. والعرف يختلف باختلاف النَّاس والأزمنة (...). والأقرب إلى هداية الآية ما قاله بعض المحدثين والحنابلة. قال في حاشية المقنع بعد ذكر القول بأنه لا يجب عليها ما ذكر : وقال أبو بكر بن أبي شيبة والجوزجاني: عليها ذلك»[٢]. وكذلك أخذ منه الشّيخ الدكتور يوسف القرضاوي أن «خدمة المرأة لزوجها هو المعروف عند من خاطبهم الله تعالى بكلامه»[٣].

وقوله سبحانه: ﴿ الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاء ﴾[٤] أخذ منه ابن القيم أن من مقتضيات القوامة أن تقوم المرأة بخدمة زوجها في بيتها، «وإذا لم تخدمه المرأة بل يكون هو الخادم لها فهي القوامة عليه»[٥].

ب- ومما احتجوا به من السُّنَّة:

حديث علي أن فاطمة رضي الله عنها أتت النبي صلّى الله عليه وسلّم تشكو إليه ما تلقى في يدها من الرحى وبلغها أنّه جاءه رقيق فلم تصادفه، فذكرت ذلك لعائشة فلما جاء أخبرته عائشة قال: «فجاءنا وقد أخذنا مضاجعنا فذهبنا نقوم، فقال صلّى الله عليه وسلّم: ومكانكما.

---

(١) سورة البقرة، الآية ٢٢٨.

(٢) ينظر الأعمال الكاملة للشيخ محمّد عبده: ج٤/ ٦٣٣.

(٣) ينظر فتاوى معاصرة للقرضاوي: ج٢/ ١٠٤.

(٤) سورة النساء، الآية ٣٤.

(٥) زاد المعاد: ج٥/ ١٨٨.

فقعد بيني وبينها حتّى وجدت برد قيديه على بطني فقال: ألا أدلكما على خير مما سألتما؟ إذا أخذتما مضاجعكما أو أويتما إلى فراشكما فسبحا ثلاثاً وثلاثين واحمدا أربعاً وثلاثين فهو خير لكما من خادم»[١].

وأيضاً حديث أسماء بنت أبي بكر الصّديق رضي الله عنهما أنها قالت: «تزوجني الزبير وما له في الأرض من مال ولا مملوك ولا شيء غير ناضح وغير فرسه، فكنت أعلف فرسه واستقي الماء وأخرز غربه وأعجن، ولم أكن أحسن أخبز (...) وكنت أنقل النوى من أرض الزبير التي أقطعه رسول الله صلّى الله عليه وسلّم على رأسي، وهي مني على ثلثي فرسخ؛ (...) حتّى أرسل إليَّ أبو بكر بعد ذلك بخادم تكفيني سياسة الفرس، فكأنما أعتقني»[٢] وفي رواية: «كنت أخدم الزبير خدمة البيت، وكان له فرس وكنت أسوسه فلم يكن من الخدمة شيء أشد علي من سياسة الفرس. كنت أحتش له وأقوم عليه وأسوسه»[٣]. أخذ منهما ابن القيم إلزام المرأة بخدمة زوجها في بيته؛ لأن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم لم ينكر ما كانت تقوم به فاطمة وأسماء من عمل في بيتهما[٤] بل أقرهما عليه. وبهذا رد قول من حسب أن خدمتهما كانت تبرعاً منهما، فقال: «قولهم: إن خدمة فاطمة وأسماء كانت تبرعاً وإحساناً يرده أن فاطمة كانت تشتكي ما تلقى من الخدمة فلم يقل لعلي: لا خدمة عليها وإنّما هي عليك، وهو صلّى الله عليه وسلّم لا يحابي في الحكم أحداً. ولمّا رأى أسماء والعلف على رأسها والزبير معه، لم يقل له: لا خدمة عليها وأن هذا ظلم لها، بل أقره على استخدامها، وأقر سائر

---

(١) صحيح البخاري: كتاب النفقات وفضل النّفقة على الأهل باب عمل المرأة في بيت زوجها رقم الحديث ٥٣٦١.

(٢) صحيح البخاري: كتاب النّكاح رقم الحديث ٥٢٢٧. وصحيح مسلم بشرح النووي: كتاب السلام رقم الحديث ٢١٨٢.

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الإسلام، رقم الحديث ٢١٨٢.

(٤) يدل حديث أسماء على أنها لم تشتك مما يحصل لها من تعب في البيت، ولكن الذي أتعبها هو ما كانت تقوم به من سياسة فرس زوجها. وهذا يفيد سكوتها عن طلب المساعدة لخدمة البيت.

الصحابة على استخدام أزواجهم مع علمه بأن منهن الكارهة والراضية، هذا أمر لا ريب فيه»[١].

ثانياً: سبب الاختلاف:

يرجع سبب اختلاف الفقهاء في المسألة إلى اختلاف تعاملهم مع حديث فاطمة بنت رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وحديث أسماء بنت أبي بكر الصّديق رضي الله عنهم، فمن قال بوجوب خدمة المرأة في بيت زوجها حمل ما كانتا تقومان به على أنّه واجب عليهما؛ لأن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أقرهما عليه ولم ينكر على زوجيهما عدم إخدامهما. وهذا قول ابن تيمية وابن قيم الجوزية. ومن ذهب إلى أن المرأة لا يجب عليها خدمة البيت الداخلية؛ فإنهم حملوا فعلهما رضي الله عنهما على أنهما كانتا متبرعتين بذلك أو على ما يليق بالأخلاق المرضية التي كانتا تتصفان بها وهو قول الجمهور.

ثالثاً: الترجيح:

يتبين من خلال عرض أدلّة الفقهاء في المسألة أنّه لم يرد دليل واحد منها صريحاً في الحكم فيها، وقد وردت بعض الأحاديث في شأن العلاقة الزوجيّة ربما يحسبها البعض حاسمة في المسألة؛ منها قوله صلّى الله عليه وسلّم: «لو كنت آمراً أحداً أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها»[٢]. وقوله عليه الصلاة والسلام لإحدى النّساء حين سألها عن كيفية تعاملها مع زوجها: «كيف أنت له فإنّه جنتك ونارك»[٣]. وقوله: «كلكم راع وكلكم مسؤول عن

(١) زاد المعاد: ج٥/ ١٨٨.

(٢) سنن الترمذي: كتاب النكاح، رقم الحديث ١١٥٩. ومسند الإمام أحمد: رقم الحديث ١٨٨٢. وأخرجه الحاكم في المستدرك: كتاب النكاح، ج٢/ ١٨٧. وقال: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه»، ووافقه الذهبي.

(٣) سنن النسائي: كتاب النكاح، رقم الحديث ٨٩٦١/ ١ ومسند الإمام أحمد: رقم الحديث ١٨٥٢٤. وأخرجه الحاكم في المستدرك: كتاب النكاح ج٢/ ١٩٨، وقال: «صحيح ولم يخرجاه»، ووافقه الذهبي.

رعيته (...) والمرأة راعية على بيت زوجها وهي مسؤولة»[١].

لكن بالرجوع إلى شروح هذه الأحاديث والوقوف على أسباب ورودها يتضح أنّه لم يرد النَّص فيها على إلزام المرأة بالخدمة في بيت زوجها، فقوله صلّى الله عليه وسلّم: «لو كنت آمراً أحداً أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها» ورد للنهي عن أن يسجد امرؤ لامرئ، ويؤخذ منه عظم حق الزّوج على زوجته، بحيث إذا امتنع أن تسجد المرأة لزوجها والسجود دليل الخضوع والاحترام، فإنّه يكون عليها أن تطيعه فيما يأمرها به من أمر ليس فيه معصية. قال ابن كثير في تفسير قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً ﴾[٢]: «أي إذا أطاعت المرأة زوجها في جميع ما يريده منها مما أباحه الله له منها؛ فلا سبيل له عليها بعد ذلك وليس له ضربها ولا هجرانها»[٣].

وكذلك قوله صلّى الله عليه وسلّم للمرأة التي سألها عن حالها مع زوجها: «كيف أنت منه فإنّه جنتك ونارك» على ما فيه من ضعف[٤]؛ فإنّه يرشد المرأة إلى أن تطيع زوجها في المعروف[٥]، فإذا عصته استحقت سخط الله حتّى تستجيب لأمره. وهذا المعنى يؤكده أن

---

(١) صحيح البخاري: كتاب النّكاح، رقم الحديث ٥١٨٨. وصحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الإمارة رقم الحديث ١٨٢٩.

(٢) سورة النساء، الآية ٣٤.

(٣) تفسير ابن كثير: ج١/ ٤٩٣.

(٤) ضعف هذا الحديث بسبب حصين بن محصن؛ أحد رواة هذا الحديث مختلف في صحبته، ترجم له ابن الأثير في أسد الغابة ج١/ ٥٠٥ رقم ١١٩٠. وقال: «لا ندري له صحبة أم لا».

(٥) وردت مجموعة أحاديث تدعو المرأة إلى الاستجابة لزوجها فيما يأمرها به مما ليس فيه معصية، منه ما أخرجه البخاري في كتاب النّكاح باب إذا باتت المرأة مهاجرة فراش زوجها. ومسلم في كتاب النّكاح رقم الحديث ١٤٣٦ م٣ عن أبي هريرة رضي الله عنه عن الرسول صلّى الله عليه وسلّم قال: «إذا دعا الرّجل امرأته إلى الفراش فأبت أن تجيء لعنتها الملائكة حتّى تصبح». وما أخرجه البخاري في كتاب النّكاح باب لا تأذن المرأة في بيت زوجها لأحد إلا بإذنه، عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال: «لا يحل للمرأة أن تصوم وزوجها شاهد إلا بإذنه، ولا تأذن في بيته إلا بإذنه، وما أنفقت من نفقة عن غير أمره =

رسول الله صلّى الله عليه وسلّم واجه النّساء في خطبة صريحة كشف فيها عن سوء معاملة أغلبهن لأزواجهن بشقهن عصا الطاعة عليهم وعدم اعترافهن بحقهم. فقد جاءت امرأة إليه عليه الصلاة والسلام فقالت: «يا رسول الله! أنا وافدة النّساء إليك هذا الجهاد كتبه الله على الرجال، فإنّ يصيبوا أجروا وإن قتلوا كانوا أحياء عند ربهم يرزقون، ونحن معاشر النّساء نقوم عليهم فما لنا من ذلك؟» فقال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: «أبلغي من لقيت من النّساء أن طاعة المرأة لزوجها واعترافها بحقه يعدل ذلك، وقليل منكن من يفعله»[1]. وقال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: «رأيت النار فلم أر كاليوم منظراً قط، ورأيت أكثر أهلها النّساء. قالوا: لم يا رسول الله؟ قال: بكفرهن. قيل: يكفرن بالله؟ قال: «يكفرن العشير ويكفرن الإحسان؛ لو أحسنت إلى أحداهن الدهر ثم رأت منك شيئاً قالت: ما رأيت منك خيراً قط»[2].

ظاهر هذه الأحاديث أن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم ركّز على طاعة المرأة زوجها ليصحح وضعاً قائماً في وقته حيث كان مجتمع المدنية يعرف شدة وطأة نساء الأنصار الذين وصفهم عمر بن الخطاب رضي الله عنه بأنهم «قوم تغلبهم نساؤهم»[3]. وهو تصحيح لكل وضع طغت فيه الأنانية وغاب فيه الشّرع في التعامل. وأيضاً قوله صلّى الله عليه وسلّم: «إلا

= فإنّه يؤدي إليه شطره». كما وردت أحاديث تنهي أن تطيع المرأة زوجها فيما فيه معصية. منها ما أخرجه البخاري في كتاب النّكاح باب لا تطيع المرأة زوجها في معصية، رقم الحديث ٥٢٠٥. ومسلم في الحديث رقم ١٦٧٧. عن عائشة رضي الله عنها أن امرأة من الأنصار زوجت ابنتها فتمعط شعر رأسها فجاءت إلى النبي صلّى الله عليه وسلّم فذكرت ذلك فقالت: إن زوجها أمرني في أن أصل في شعرها فقال: «لا، أنّه قد لعن الواصلات».

(١) مجمع الزوائد للهيثمي: ج٤/ ٣٠٥.

(٢) صحيح البخاري: كتاب النّكاح، باب كفران العشير وهو الزّوج وهو الخليط من المعاشر رقم الحديث ٥١٩٧. وصحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الكسوف، رقم الحديث ٩٠٧.

(٣) طرف من حديث في صحيح البخاري كتاب النّكاح، باب موعظة الرّجل ابنته لحال زوجها. وصحيح مسلم كتاب الطّلاق رقم الحديث ١٤٧٩ / ٤.

كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته (...) والمرأة راعية في بيت زوجها وولده»، وإن كان أبو سليمان الخطابي فسر لفظ الراعي فيه بأنه «الحافظ المؤتمن على من يليه ويأمرهم بالنصيحة»[١]؛ فإنّه ليس نصاً في إلزام الزوجيّة بالخدمة الباطنة في البيت، مما يمكن القول معه أن مجموعة هذه الأحاديث تدعو إلى التعاون بين الزّوجين والعمل على حسن استمرار حياتها الزوجيّة، وتؤكد الاحترام المتبادل لنجاحها فلا تتهدم بالاحتكام إلى الهوى.

وإن أقوى ما احتجّ به الذي أوجبوا على المرأة الخدمة في بيت زوجها حديثان اثنان؛ أحدهما حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن فاطمة عليها السلام أتت النبي صلّى الله عليه وسلّم تسأله خادماً فلم يستجب لطلبها وقال لها ولزوجها: «ألا أخبركما بما هو خير منه؟ تسبحين ثلاثاً وثلاثين، وتحمّدين ثلاثاً وثلاثين، وتكبرين أربعاً وثلاثين». والثاني: حديث أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنهما قالت: «تزوجني الزبير وماله في الأرض من مال ولا مملوك ولا شيء غير ناضح وغير فرسه، فكنت أعلف فرسه وأسقي الماء وأخرز غربه وأعجن». فاستفادوا منهما أن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أقر الصحابيتين على ما تقومان به من أشغال، فدل إقراره على وجوب ذلك على الزوجة.

لكن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم لم يمتنع عن الاستجابة لطلب ابنته من أجل أن ما كانت تشتكي منه يدخل ضمن الواجبات التي عليها نحو زوجها، وإنّما منعه من أن يستجيب لطلبها حاجة أهل الصفة إلى ذلك المال، فقدم مصلحتهم على مصلحة ابنته وواجهها بقوله: «والله لا أعطيكم وأدع أهل الصفة تطو بطونهم من الجوع لا أجد ما أنفق عليهم ولكن أبيعهم - يعني السبي - وأنفق عليهم أثمانهم»[٢]. وأرسل أبو بكر رضي الله عنه لابنته أسماء خادماً تكفيها بعض أتعابها عندما توفرت لديه. ولم يكن الزبير بن العوام زوج أسماء بنت أبي بكر راضياً على ما يلحق زوجته من أتعاب بسبب أعمال بيتها، ولكنه كان عاجزاً عن أن

(١) معالم السنن: ج٣/ ٣ عند شرح الحديث رقم ٨١٨.

(٢) مسند الإمام أحمد: رقم الحديث ٨٤٠.

يخلصها منها فصبرت على ما تقوم به من اشغال داخل البيت وخارجه. قالت رضي الله عنها: «كنت أنقل النوى من أرض الزبير التي أقطعه رسول الله صلّى الله عليه وسلّم على رأسي وهي مني على ثلثي فرسخ: فجئت يوماً والنوى على رأسي، فلقيت رسول الله صلّى الله عليه وسلّم ومعه نفر من الأنصار فدعاني ثم قال «إخ إخ» ليحملني خلفه، فاستحييت أن أسير مع الرجال، وذكرت الزبير وغيرته وكان أغير النَّاس فعرف رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أني استحييت فمضى، فجئت الزبير فقلت: لقيني رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وعلى رأسي النوى ومعه نفر من أصحابه فأناخ لأركب، فاستحييت منه وعرفت غيرتك فقال: والله لحملك النوى كان أشد علي من ركوبك معه»[1].

وأكد هذا ابن حجر في بيانه سبب صبرها على كل تلك الأتعاب بقوله: «كان السبب الحامل على الصبر على ذلك شغل زوجها وأبيها في الجهاد وغيره مما يأمرهم به النبي صلّى الله عليه وسلّم ويقيمهم فيه، وكانوا لا يتفرغون للقيام بأمور البيت بأن يتعاطوا ذلك بأنفسهم، ولضيق ما بأيديهم على استخدام من يقوم بذلك عنهم؛ فانحصر الأمر في نسائهم فَكُنَّ يكفينهم مؤنة المنزل ومن فيه ليتوفروا هم على ما هم فيه من نصر الإسلام مع ما ينضم إلى ذلك من العادة المانعة من تسمية ذلك عاراً محضاً»[2]. وقال النووي في شرح حديث أسماء: «هذا كله من المعروف والمروءات وما أطبق النَّاس عليها؛ وهو أن المرأة تخدم زوجها بهذه الأمور المذكورة ونحوها من الخبز والطبخ وغسل الثياب وغير ذلك. وكله تبرع من المرأة وإحسان منها إلى زوجها وحسن معاشرة وفعل مع معروف معه، ولا يجب عليها شيء من ذلك، بل لو امتنعت من جميع هذا لم تأثم ويلزمه هو تحصيل هذه الأمور لها، ولا يحل له إلزامها بشيء من هذا وإنّما تفعله المرأة شرعاً، وهي عادة جميلة استمر عليها النّساء من الزمن

---

(١) صحيح البخاري: كتاب النكاح، رقم الحديث ٥٢٢٤ وصحيح مسلم بشرح النووي: كتاب السلام، رقم الحديث ٢١٨٢.

(٢) فتح الباري: ج١٠/ ٤٠٥ شرح الحديث رقم ٥٢٢٤.

الأوّل إلى الآن»[١]. وبوب البيهقي لهذين الحديثين حديث فاطمة وأسماء بباب ما يستحب لها رعاية لحق زوجها وإن لم يلزمها شرعاً[٢]. وهذا مصير منه إلى عدم الوجوب كما هو واضح من عبارته.

يدل كل هذا على أن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم لم يحسم في المسألة بإلزام المرأة بأن تخدم زوجها في بيته إذ لو أوجب عليها ذلك لكان في امتناعها عنه معصية لله ورسوله مما يفيد أنّه عليه الصلاة والسلام أبقى الحكم فيها خاضعاً لما تعارف عليه النَّاس في بناءِ بيوتهم ومرتبطاً بحال الزّوج المادية يسراً وعسراً، وبمدى استعداد الزوجة للتعاون مع زوجها بخدمة بيتها عن رغبة ورضى والصبر عليها.

وهذا هو قول بعض أهل العلم وهو الذي رجَّحه ابن حجر، فإنّه نقل عن ابن بطال[٣] قول بعض الشيوخ: «لا نعلم في شيء من الآثار أن النبي صلّى الله عليه وسلّم قضى على فاطمة بالخدمة الباطنة، وإنّما جرى الأمر على ما تعارفوه من حسن العشرة وجميل الأخلاق. وأما أن نجبر المرأة على شيء من الخدمة فلا اصل له، بل الإجماع منعقد على أن على الزّوج مؤنة الزوجة كلها»[٤]. ثم قال ابن حجر: «والذي يترجح؛ حمل الأمر على عادات البلاد فإنّها مختلفة في هذا الباب»[٥].

وعلى ضوء هذا يمكن أن نفهم قول ابن القيم «إن ترفيه المرأة وقيام الزّوج بخدمة البيت من المنكر»[٦]، فلعل العرف في زمانه جرى على أن تختص المرأة بأشغال البيت كلها. ومما يؤيد

---

(١) شرح النووي على صحيح مسلم: ج١٠/ ٢٦.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي: ج٧/ ٢٩٢.

(٣) هو أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك بن بطال توفي في سنة ٤٤٩هـ، ترجمته في كتاب الصلة: ج٢/ ٤١٤ وشجرة النور الزكية: ١١٥.

(٤) فتح الباري: ج١٠/ ٦٣٥ شرح الحديث رقم ٥٣٦٢.

(٥) المصدر نفسه.

(٦) زاد المعاد: ج٥/ ١٨٨.

أن العرف جرى في عهده صلّى الله عليه وسلّم على أن تقوم المرأة في الغالب بالخدمة في البيت؛ حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما «هلك أبي وترك سبع بنات أو تسع بنات فتزوجت امرأة ثيباً. فقال لي رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: «تزوجت يا جابر؟» فقلت: نعم. فقال «بكراً أم ثيباً؟» قلت: بل ثيباً. قال: «فهلا جارية تلاعبها وتلاعبك، وتضاجعها وتضاجعك؟» فقلت له: إن عبد الله هلك وترك بنات، وإني كرهت أن أجيئهن بمثلهن، فتزوجت امرأة تقوم عليهن وتصلحهن، فقال: «بارك الله لك، أو خيراً»[1]. فقد ذكر البخاري هذا الحديث في باب عون المرأة زوجها في ولده، ففسره ابن حجر بقوله: «كأنه استنبط قيام المرأة على ولد زوجها من قيام امرأة جابر على أخواته»[2].

وبناء على هذا يمكّن تفسير اختلاف النَّاس اليوم في المسألة فإنّه راجع إلى اختلاف الأعراف من بلاد لأخرى؛ ففي بلاد المغرب مثلاً يجري العرف على أن تتكفل المرأة في الغالب بخدمة البيت ويسكت النَّاس عن مناقشة هذا عند إنجاز العقد، والقاعدة الفقهيّة تقول: إن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً[3]. بينما يجري العرف في غالب بلاد الشرق على أن الزّوج هو الذي يتكفل بتوفير من يخدم زوجته إما ليسر الأزواج هناك وقدرتهم على إخدام نسائهم؛ وهن من أهل الإخدام؛ أو تبعاً للمذهب الحنبليّ الذي يرى أن الزوجة للاستمتاع كما نص عليه ابن قدامة في المغني[4]، وهذه علة ضعيفة؛ لأن الاستمتاع يشترك فيه الزوجان معاً لقوله صلّى الله عليه وسلّم لامرأة رفاعة القرظي حين جاءته تريد أن تتخلص من زواجها بعبد الرحمن بن الزبير: «لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا حتّى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته»[5].

---

(١) صحيح البخاري: كتاب النفقات، رقم الحديث ٥٣٦٧.

(٢) فتح الباري: ج١٠/ ٦٤٣، عند شرح الحديث رقم ٥٣٦٧.

(٣) ينظر شرح القواعد الفقهيّة للشيخ أحمد بن الشّيخ محمّد الزرقا: ٢٣٧، القاعدة ٤٢ المادّة ٤٣.

(٤) ينظر المغني: ج٨/ ١٣٠.

(٥) صحيح البخاري: كتاب الطّلاق رقم الحديث ٥٢٦٠. وصحيح مسلم بشرح النووي: كتاب النّكاح رقم الحديث ١٤٣٣.

ومما ينبغي التنبيه عليه هنا هو أن عقد الزَّواج يختلف عن غيره من العقود في كون المقصود منه المكارمة لا المكايسة، وإن نجاح الزَّواج وسيلته التعاون بين الزّوجين بحيث يسعى كل طرف إلى إسعاد صاحبه فلا يجد الرّجل حرجاً في أن يعين زوجته في بيتها كما كان يفعل رسول الله صلّى الله عليه وسلّم. فقد وصفت عائشة رضي الله عنها عمله عليه الصلاة والسلام في بيته فقالت: «كان يكون في مهنة أهله فإذا سمع الأذان خرج»[١]. وقالت: «كان يخيط ثوبه ويخصف[٢] نعله ويعمل ما يعمل الرجال في بيوتهم»[٣].

وإذا لم يتيسر للزوج أن يكون في مهنة أهله وكان ذا يسرة فإنّ من حسن معاشرته زوجته أن يأتيها بخادم، وهو ما يراه الفقهاء المعاصرون الذي قالوا بوجوب قيام المرأة بأشغال البيت، فقد سبق تنبيه الشّيخ محمّد عبده على أن إلزام المرأة بالخدمة الباطنة «لا ينافي استعانة كل منهما بالخدم والأُجراء عند الحاجة إذا كانت هناك ضرورة. وإنّما ذلك هو الأصل والتقسيم الفطري[٤] الذي تقوم به مصلحة الناس»[٥]. وأوضح الشّيخ محمود شلتوت أن «مما يزيد الحياة الزوجيّة قوة أن يمد كل منهما يد المساعدة لصاحبه في عمله إذا دعت إليه ضرورة، وهونوع من التعاون الذي طلبه الإسلام وحث عليه في كل مجتمع»[٦].

---

(١) صحيح البخاري: كتاب النفقات، رقم الحديث ٥٣٦٣.

(٢) قال ابن منظور: «خصف النعل يخصفها خصفاً؛ ظاهر بعضها على بعض وخرزها. (...) وكل ما طورق بعضه على بعض فقد خصف». (ينظر لسان العرب باب الفاء فصل الخاء).

(٣) مسند الإمام أحمد رقم الحديث ٢٤٣٨٢.

(٤) ينتقد البعض التقسيم الفطري بين الجنسين (ينظر مثلاً كتاب تقسيم العمل بين الجنسين).

(٥) تنظر الأعمال الكاملة للشيخ محمّد عبده: ج٤/ ٦٣٣.

(٦) ينظر الإسلام عقيدة وشريعة: ١٦٢.

المبحث الثالث

حكم إعسار الزّوج بنفقة زوجته(١)

توطئة:

لقد ثبت في الشّرع أنّ النّفقة حق المرأة على زوجها بمقتضى الزوجيّة ؛ فينفق الرّجل على زوجته راضياً كما ينفق على نفسه، لكن قد يحصل أن يعسر بها فلا يجد ما ينفقه عليها. وقد ناقش الفقهاء قديماً هذه المسألة واختلفت آراؤهم فيها.

أولاً: آراء وأدلة الفقهاء في المسألة:

اختلف الفقهاء في مسألة إعسار الزّوج بنفقة زوجته هل يستوجب التفريق بينهما أم لا على عدّة أقوال:

أحدها: أن للمرأة الخيار من أمرها، فإذا اختارت الفراق يفرق بينهما. وهو مذهب الجمهور وفيهم الأئمة الفقهاء مالك والشافعيّ في أحد قوليه وأحمد. فبالنّسبة للمذهب

(١) ليس للإعسار بالنّفقة معنى واحد عند الائمة، فهو عند المالكيّة: أن يعجز الزّوج عن أن يوفر لزوجته ما تدفع به جوعها من قوت وما تستر به بدنها من ثياب لقول الباجي: «وإن أعسر بمثل قوتها غير أنّه يجد أدنى من ذلك مثل أن تكون المرأة ذات حال وشرف ممن لا تلبس خشن الثياب ولا تتناول غليظ العيش فأعدم الزّوج حتّى لا يجد إلا كسوة دنية وقوتا دون قوت خادمها(...) فليس ذلك مما يوجب لها الخيار» (ينظر المنتقي: ج٤/ ١٣١). وعند الشّافعيّة والحنابلة أن يعجز الزّوج عن توفير نفقة يوم واحد لزوجته لقول الشافعيّ: «وإذا وجد نفقة امرأته يوما بيوم لم يفرق بينهما»، (ينظر الأم: ج٥/ ٩٨). ولقول ابن قدامة: «وإن لم يجد النّفقة إلا يوما بيوم فليس ذلك إعسارا يثبت به الفسخ؛ لأن ذلك هو الواجب عليه وقد قدر عليه. وإن وجد في أول النهار ما يغدّيها وفي آخره ما يعشيها لم يكن لها الفسخ؛ لأنّها تصل إلى كفايتها وما يقوم به بدنها» (ينظر المغني: ج٩/ ٢٤٤).

المالكيّ جاء في المدوّنة الكبرى قول ابن القاسم: «قال لنا مالك: وكل من لم يقو على نفقة زوجته فرق بينهما»(١). وأيضاً جاء فيها أن «الرجل إذا كان معسراً لا يقدر على النّفقة فليس لها عليه النّفقة إنما لها أن تقيم معه أو يطلقها، كذلك الحكم فيها»(٢). وبالنّسبة للمذهب الشافعيّ ورد في أحد قولي الإمام الشافعيّ أنّه «إذا لم يجد ما ينفق عليها تخير بين المقام معه وفراقه(٣). وبالنّسبة للمذهب الحنبليّ حكى أبو داود أنّه سمع الإمام أحمد ينكر قول رجل لا يفتي فيمن ليست عنده نفقة أن يخير امرأته(٤). ويؤكد هذا الحكم في المذهب الحنبليّ قول ابن قدامة: «الرجل إذا منع امرأته النّفقة لعسره وعدم ما ينفقه فالمرأة مخيرة بين الصبر وفراقه»(٥). ونسب ابن قدامة هذا القول إلى عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وأبي هريرة وسعيد بن المسيب وبعض الفقهاء(٦).

وإلى هذا القول ذهبت مجموعة من قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة فقضت بالتفريق بين الزّوجين إذا لم يثبت الزّوج عجزه عن النّفقة، فإذا أثبته أمهلته مدّة من الزمن إذا لم ينفق فيها على زوجته طلقها عليه القاضي، وهو قول المالكيّة والشّافعيّة(٧). جاء في المادّة الرّابعة من قانون الأُسرة المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أن الزّوج إذا «ادّعى العجز فإن لم يثبته طلق عليه حالاً. وإن أثبته أمهله مدّة لا تزيد على الشهر فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك». وجاء في الفقرة الثّانية من المادّة الحادية عشرة ومائة من قانون الأُسرة السوري أنّه «إن ثبت عجزه أو كان غائباً، أمهله القاضي مدّة مناسبة لا تتجاوز ثلاثة أشهر،

(١) المدونة الكبرى: ج ٢/ ٢٥٥.

(٢) المصدر نفسه: ج٢/ ٢٦٠.

(٣) ينظر الأم: ج ٥/ ٩٨ ونحوه في ج٥/ ١١٥.

(٤) مسائل الإمام أحمد: ١٧٩.

(٥) المغني: ج٩/ ٢٤٣.

(٦) المصدر نفسه.

(٧) ينظر نيل الأوطار: ج٦/ ٣٢٦.

فإن لم ينفق، فرق القاضي بينهما». وجاء في الفقرة الأولى من الفصل الثّالث والخمسين من مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة أن الزّوج «إذا ادَّعى العجز وأثبته[١] ؛ أمهله القاضي مدّة مناسبة لا تتجاوز ثلاثة أشهر فإن لم ينفق طلقها عليه. فإن لم يثبته أمره بالإنفاق أو الطّلاق فإن لم يفعل طلق عليه». ونصت مجلة الأحوال الشخصيّة التونسية[٢] في الفصل التّاسع والثلاثين على أنّه «لا يلزم الزّوج بالنّفقة إذا أعسر إلّا أن الحاكم يتلوم له بشهرين فإن عجز بعد إتمامها عن الإنفاق طلّق عليه زوجته. وإذا كانت الزوجة عالمة بعسره[٣] حين العقد فلا حق لها في طلب الطّلاق». وجاء في الفقرة (ب) من المادّة الخامسة عشرة ومائة من مشروع القانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة أنّه «لا تُطلَّق الزوجة على زوجها المعسر إلا بعد منحه أجلاً لا يتجاوز ثلاثة أشهر»[٤].

---

(١) بين المجلس الأعلى للقضاء بالمغرب ما يثبت به العجز عن النّفقة في قراره رقم ٤٦٣ بتاريخ ٢٨/ ٧/ ١٩٨٢. الملف الاجتماعي رقم: ٩٣٥٣٧ حيث جاء فيه أن «الأصل هو ملاء الذمة، والعجز عن الإنفاق ناتج عن العدم، والعدم لا يثبت إلا بحجة عدلية». نشر هذا القرار في المجلة العربيّة للفقه والقضاء: ع٣/ ٨١.

(٢) صدرت هذه المجلة في ٦ محرم ١٣٧٦هـ الموافق ل ١٣غشت ١٩٥٦. وتتضمن سبعين ومائة فصل تم تقسيمها على عشرة كتب، أحدها كتاب الزّواج والثاني كتاب الطّلاق والثالث كتاب العدة والرابع كتاب النّفقة والخامس كتاب الحضانة والسادس كتاب النسب والسابع كتاب أحكام اللقيط والثامن كتاب أحكام المفقود والتاسع كتاب الميراث والعاشر كتاب الحجر والرشد. وجاء في ديباجته أن «رأي واضع المجلة أن يغترف من أعماق ذلك التّشريع – يعني التّشريع الإسلاميّ – ما يفي بكل هاتيك الأغراض معتمداً على الأخذ بالآراء الصالحة لهذا الزمان جامعاً أهم المبادئ بأسلوب سهل شامل لكل الجزئيات ترضى عنه الخاصة وتفهمه العامة».

(٣) إن استثناء الحكم بالتفريق بين المرأة وزوجها إذا كانت عالمة بعسره عند العقد بحيث لم يتحقق الغرر، هو مذهب ابن القيم. وسيأتي في هذا المبحث.

(٤) مما يجب ذكره هنا أن مشروع القانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة اعتمد مذهب الجمهور في التفريق بين المعسر بالنّفقة وزوجته في الحالة التي يكون الإعسار نشأ بسبب من الزوج. أما إذا نشأ بسبب خارج عن إرادته فلا يحكم فيه بالتفريق بينهما. جاء في الفقرة (ج) من المادّة الخامسة عشرة ومائة أنّه «لا تطلق الزوجة إذا كان الإعسار بسبب خارج عن إرادة الزّوج أو علمت بعسره قبل الزَّواج ورضيت به».

ظاهر هذه النّصوص القانونية أن المرأة إذا طالبت بالتفريق بينها وبين زوجها بسبب عجزه عن نفقتها ؛ فإن القاضي يستجيب لها بعد إمهال زوجها مدّة مقدرة إذا لم ينفق عليها خلالها يفرق بينهما.

وذهب إلى هذا القول من الفقهاء المعاصرين الشّيخ محمّد عبده فعنده أن الزّوج «إذا أثبت الإعسار أمهله مدّة لا تزيد عن شهر فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك»[1]. وأيضاً ذهب إليه الشّيخ محمّد الطّاهر بن عاشور غير أنّه اشترط قبل الحكم بالتفريق بين الزّوجين بسبب عجز الرّجل عن نفقة زوجته الاستعانة ببيت مال المسلمين، فإذا لم يتيسر وقع التفريق بينهما. قال: «الذي يقتضيه النّظر أنّه إن كان بيت المال قائماً ؛ فإن من واجبه نفقة الزّوجين المعسرين. وإن لم يتوصل إلى الإنفاق من بيت المال ؛ كان حقاً أن يفرق القاضي بينهما ولا يترك المرأة وزوجها في احتياج»[2].

واحتجّ أصحاب هذا القول بالكتاب والسُّنَّة وعمل الصحابة وبالقياس:

١- فمما احتجوا به من الكتاب:

أ- قوله تعالى: ﴿ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾[3]. أخذوا منه أن فيه تخييراً من الله تعالى الزّوج بين أن يمسك زوجته محسناً عشرتها وبين أن يفارقها بإحسان. قال ابن قدامة: «لنا قوله تعالى ﴿ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾ وليس الإمساك مع ترك النّفقة إمساكاً بمعروف فتعين التسريح»[4]. وقال الماوردي: «إذا عجز عن الإمساك بالمعروف وجب عليه

(١) تنظر الأعمال الكاملة للشيخ محمّد عبده ؛ ج٦/ ٣٨٢.

(٢) التحرير والتنوير ؛ ج٢٨/ ٣٣٢.

(٣) سورة البقرة، الآية ٢٢٩.

(٤) المغني: ج٩/ ٢٣٤.

التسريح بإحسان. لأن المخير بين أمرين إذا عجز عن أحدهما تعين عليه الآخر»[١].

ب- قوله تعالى: ﴿ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا ﴾[٢]. فإن فيه نهياً عن أن يمسك الزّوج زوجته بقصد الإضرار بها. ولا شك أن في إمساكها مع العجز عن نفقتها ضرراً بها فلزم رفعه بتسريحها بإحسان. قال الماوردي: «وزوجة المعسر مستضرة فلم يكن لها إمساكها»[٣]. ونقل عن جماعة من العلماء قولهم: «إن من الإمساك بالمعروف أن الزّوج إذا لم يجد ما ينفقه على الزوجة أن يطلقها. فإن لم يفعل خرج عن حد المعروف فيطلق عليه الحاكم من أجل الضرر اللاحق بها من بقائها عند من لا يقدر على نفقتها، والجوع لا صبر عليه. وبهذا قال مالك والشافعيّ وأحمد وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيد ويحيى القطان وعبد الرحمن بن مهدي، وقاله من الصحابة عمر وعلي وأبو هريرة ومن التّابعين سعيد بن المسيب وقال: «إن ذلك سُنَّة»[٤]. وأخذ أبو بكر بن العربيّ من هذه الآية أن «من يعجز عن النّفقة لا يمسك بالمعروف إذ الإمساك مع عدم الإنفاق ضرار، فكان من لا يطيق الإنفاق بالمعروف يطيق الإحسان بالطّلاق»[٥].

يستفاد من هذا أن صورة الإمساك بالمعروف – كما يراها الجمهور – أن يمسك الرّجل زوجته إذا كان يجد ما ينفق عليها، فإذا لم يجد ما ينفق عليها يطلقها. فإن لم يفعل خرج عن حد المعروف فيطلقها عليه الحاكم من أجل الضرر الذي يلحقها ببقائها معه.

---

(١) الحاوي الكبير: ج١١/ ٤٥٥.

(٢) سورة البقرة، الآية ٢٣١.

(٣) المصدر نفسه: ج١١/ ٤٥٥.

(٤) ينظر الجامع لأحكام القرآن للقرطبي: ج٣/ ١٠٣.

(٥) ينظر أحكام القرآن لابن العربيّ: ج١/ ٢٠٠.

٢- ومما احتجوا به من السُّنَّة:

أ- حديث أبي هريرة أن النبي صلّى الله عليه وسلّم أمر بالصدقة فقال رجل: «يا رسول الله عندي دينار، فقال: تصدَّق به على نفسك. قال: عندي آخر. قال: تصدَّق به على زوجتك، قال: عندي آخر، قال: تصدَّق به على ولدك، قال: عندي آخر، قال: تصدَّق به على خادمك، قال: عندي آخر. قال: أنت أبصر»[١]. زاد أبو هريرة: «تقول لك امرأتك: أنفق علي أو طلقني. ويقول خادمك: أنفق علي أو بعني»[٢]. ساقه الشافعيّ للاستدلال به على وجوب تخيير الزوجة التي أعسر زوجها بنفقتها، فقال في جوابه عمن سأله عن الدّلالة على التفريق بينهما: «قلت: قال أبو هريرة: إن النبي صلّى الله عليه وسلّم أمر الزّوج بالنّفقة على أهله، وقال أبو هريرة: تقول لك امرأتك – وذكر قوله – فهذا بيان أن عليه طلاقها. قلت أما بنص فلا وأما بالاستدلال فهو يشبه»[٣]. وأكد ابن حجر أنّه «استدل بقوله: «إما أن تطعمني أو أن تطلقني». من قال يفرق بين الرّجل وامرأته إذا أعسر بالنّفقة واختارت فراقه، وهو قول الجمهور»[٤].

---

(١) سنن النسائي: كتاب الزكاة، رقم الحديث ٢٥٣٥. وأخرجه أبو داود في كتاب الزكاة رقم الحديث ١٦٩١ بتقديم الولد على الزوجة في كتاب الزكاة. ولقد ناقش ابن حزم في (المحلى ج١٠/ ١٠٥) تقديم الولد على الزوجة في الحديث، لكن ذكر ابن حجر في تلخيص الحبير: ج٤/ ١٠ إمكانية ترجيح إحدى الروايتين.

(٢) أخرج نحوه البخاري موقوفاً على أبي هريرة في صحيحه: كتاب النفقات، باب وجوب النّفقة على الأهل والعيال وفيه: فقالوا: يا أبا هريرة! سمعت هذا من رسول الله صلّى الله عليه وسلّم؟ قال: هذا من كيس أبي هريرة».

(٣) الأم ج ٥/ ١١٥.

(٤) فتح الباري ج١٠/ ٦٢٨ شرح الحديث رقم ٥٣٥٥.

ب- ما حكاه أبو الزناد[١] قال: «سألت سعيد بن المسيب عن الرّجل يعجز عن نفقة امرأته فقال: يفرق بينهما. فقلت: سُنّةٌ؟ قال: سنة»[٢]. أخذ أصحاب هذا القول من جواب سعيد بن المسيب أن التفريق بين من يعجز عن النّفقة وبين زوجته سنة سنها رسول الله صلّى الله عليه وسلّم. فذكر الإمام الشافعيّ أن «الذي يشبه أن يكون قول سعيد سنة ؛ سنة رسول الله صلّى الله عليه وسلّم»[٣]. وكذا فسرّه ابن قدامة بأنّه «ينصر إلى سنة رسول الله صلّى الله عليه وسلّم»[٤]. وذكر ابن عبد البر أن هذا أعلى ما وجده في هذه المسألة مما يمكن أن يقال فيه سنة[٥].

٣- ومن حجتهم بعمل الصحابي حديث ابن عمر أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن يأخذوهم بأن ينفقوا أو يطلقوا فإن طلقوا بعثوا بنفقة من حبسوا»[٦]. ففيه الدّلالة على أن عمر رضي الله عنه يرى أن نفقة الزوجة تثبت في ذمة الزّوج ما دامت الزوجيّة قائمة بينهما، ولا تسقط بتأخيرها فثبت أن على الزّوج إما أن ينفق على زوجته أو يطلقها. ولقد صرح بالاحتجاج به ابن قدامة فخلص إلى أن حكم عمر هو «إجبار على الطّلاق عند الامتناع من الإنفاق، ولأن الإنفاق عليها من ماله يتعذّر، فكان لها الخيار كحال الإعسار بل هذا أولى بالفسخ، فإنّه إذا جاز الفسخ على المعذور فعلى غيره أولى»[٧].

---

(١) هو أبو عبد الرحمن المدني؛ عبد الله بن ذكوان القرشي، يعرف بأبي الزناد. ذكر ابن حجر أنّه ثقة فقيه. ترجمته تهذيب التهذيب: ج٥/ ١٧٨ رقم ٣٥٢.

(٢) سنن سعيد بن منصور: ج٢/ ٥٥ رقم ٢٠٢٢.

(٣) ينظر الأم: ج٥/ ١١٥.

(٤) ينظر المغني: ج٩/ ٢٤٣.

(٥) ينظر الاستذكار: ج١٨/ ١٦٧.

(٦) أخرجه عبد الرزاق عن ابن عمر ؛ ونصه: «كتب عمر إلى أمراء الأجناد أن ادع فلانا وفلانا ناسا قد انقطعوا من المدينة، وخلوا منها - فإما أن يرجعوا إلى نسائهم، وأما أن يبعثوا إليهن بالنّفقة وأما أن يطلقوا ويبعثوا بنفقة ما مضى». (ينظر مصنف عبد الرزاق: ج٧/ ٩٣). وأخرجه البيهقي في سننه ج٧/ ٤٦٩.

(٧) ينظر المغني: ج٩/ ٢٤٦.

٤- ومن حجتهم بالقياس قياسهم حكم الإعسار بالنّفقة على حكم العجز عن الوطء. فإذا جاز التفريق للعجز عن الوطء وهو ما لا يفوت به إلا الاستمتاع الذي يقوم البدن بدونه ؛ فلأن يجوز التفريق للعجز عن النّفقة التي تتلف النفس بدونها أولى وأحرى. قال الشافعيّ: «ليس في فقد الجماع أكثر من فقد لذة وولدة وذلك لا يتلف نفسها، وترك النّفقة والكسوة يأتيان على إتلاف نفسها. وقد وجدت الله عزّ وجلّ أباح في الضرورة من المأكول ما حرم من الميتة والدم وغيرهما منعاً للنفس من التلف (...) ولا أجده أباح للمرأة ولا للرجل في الشهوة للجماع شيئاً مما حرَّم الله عليهما»[١]. وكذلك قال ابن قدامة: «إذا ثبت الفسخ بالعجز عن الوطء والضرر فيه أقل؛ لأنه إنما هو فقد لذة وشهوة يقوم بها البدن بدونه ؛ فلأن يثبت بالعجز عن النّفقة التي لا يقوم البدن إلا بها أولى»[٢].

والقول الثّاني: أنّه إذا أعسر الزّوج بنفقة زوجته يستدان عليه ولا يفرق بينهما، وهو مذهب الحنفيّة يدل عليه قول الطحاوي: «من أعسر عن نفقة زوجته وعجز استدين عليه وأنفق على زوجته، فإن لم يقدر على ذلك ؛ فرض عليه النّفقة ديناً عليه إذا أيسر أخذته»[٣]. وقول الزيلعي: «لا يفرق بعجزه عن النفقة وتؤمر بالاستدانة عليه (...) لأن التفريق إبطال الملك على الزوج، وفي الأمر بالاستدانة تأخير حقها وهو أهون من الإبطال فكان أولى»[٤].

ظاهر قولهما أنّه لا يثبت للمرأة الخيار في فسخ النّكاح إذا أعسر زوجها بنفقتها، وأنها تستدين عليه. وإلى هذا القول مال الشّيخ محمّد أبو زهرة فذكر بعد أن لم يجد نصاً شرعيّاً صريحاً في الحكم بالتفريق بين الزّوجين بسبب عجز الزّوج عن النّفقة إن «من الإنصاف أن

---

(١) الأم: ج٥/ ١١٦.

(٢) المغني: ج٩/ ٢٤٣.

(٣) مختصر الطحاوي: ٢٢٣.

(٤) تبيين الحقائق: ج٣/ ٥٤.

نقول في هذا المقام أنّه لم يرد نص صريح يجيز التفريق لعدم الإنفاق من الكتاب أو الحديث أو أقوال الصحابة، بل كل ما ورد في ذلك من الكتاب والسُّنَّة مما تختلف فيه التخريجات، ولذا أميل إلى رأي الحنفيّة في هذا المقام وأرى أن الدليل معهم إذ لم يرد أن ذلك النَّوع من التفريق وقع في عهد الصحابة»[١].

واحتجّ الحنفيّة بالكتاب والسُّنَّة والقياس:

فمما احتجوا به من الكتاب:

أ- قوله تعالى: ﴿ لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللهُ لَا يُكَلِّفُ اللهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴾[٢]. احتجوا به للدّلالة على أن الله تعالى لا يكلف نفساً إلا ما تستطيعه وتقدر عليه، وأما ما لا تستطيعه فهي غير مكلفة به كالذي لا يجد ما ينفق على زوجته فلا تكليف عليه ولا يكون ضاراً بزوجته فلا يفرق بينه وبينها. بهذا فسر أبو بكر الجصاص قوله تعالى: ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا ﴾[٣] فذكر أن «فيه بيان أن الله لا يكلف أحداً مالا يطيق (...) وقد تضمن معنى آخر من جهة الحكم وهو الإخبار بأنّه إذا لم يقدر على النّفقة لم يكلفه الله الإنفاق في هذه الحال وإذا لم يكلف الإنفاق في هذه لم يجز التفريق بينه وبين امرأته لعجزه عن نفقتها. وفي ذلك دليل على بطلان قول من فرَّق بين العاجز عن نفقة امرأته وبينها»[٤]. وكذلك احتجّ الزيلعي بالآية على أن «من لم يقدر على النّفقة لا يكلف بالإنفاق فلا يجب عليه الإنفاق في هذه الحالة»[٥]. فظهر أن الحنفيّة يراعون في المسألة حال الزّوج وأن عجزه عن النّفقة يرفع عنه الإنفاق على زوجته حتّى ترتفع عنه.

---

(١) ينظر الأحوال الشخصيّة: ٣٧٤.

(٢) سورة الطلاق، الآية ٧.

(٣) المصدر نفسه، الآية ٧.

(٤) ينظر أحكام القرآن للجصاص: ج٣/ ٤٤٦.

(٥) ينظر تبيين الحقائق: ج٣/ ٥٤.

ب- قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾[١]. ووجه الدّلالة منه – كما قال الكمال بن الهمام – أن «غاية النّفقة أن تكون دَيناً في الذمة، وقد أعسر بها الزّوج فكانت المرأة مأمورة بالإنظار بالنص»[٢].

ومما احتجوا به من السُّنَّة: حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أنّه «دخل أبو بكر وعمر على رسول الله صلّى الله عليه وسلّم فوجداه حوله نساؤه واجماً ساكتاً وهن يسألنه النّفقة، فقام كل منهما إلى ابنته أبو بكر إلى عائشة وعمر إلى حفصه يجئان أعناقهما. فاعتزلهن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم بعد ذلك شهراً»[٣]. ففيه أن أبا بكر وعمر ضربا ابنتيهما بحضرة زوجهما رسول الله صلّى الله عليه وسلّم لأجل سؤالهما نفقة لا يجدها. فدل ضربهما على عدم التفرقة بين الزّوجين لمجرد العجز عن النّفقة.

ومن حجتهم بالقياس فإنهم قاسوا حال إعسار الزّوج بنفقة زوجته على حال إعساره بمهرها، أوضح هذا الزمخشري بقوله: «دليلنا في المسألة، هو أنا أجمعنا على أن إعسار الزّوج عن المهر لا يثبت للمرأة خيار الفسخ، فإعساره عن النّفقة أولى أن لا يثبت للمرأة خيار الفسخ؛ لأن المهر أقوى من النّفقة وجوباً ثم إن العجز عن المهر لما لم يثبت الخيار فالنّفقة أولى»[٤].

والقول الثّالث: إذا أعسر الزّوج بنفقة زوجته وكانت زوجته موسرة؛ وجب عليها أن تنفق عليه من غير أن يكون ما تنفقه عليه دَيناً في ذمته. وهو قول ابن حزم، فإنّه صرّح بأن من «عجز عن نفقة نفسه وامرأته غنية كلفت النّفقة عليه، ولا ترجع عليه من ذلك إن أيسر»[٥].

---

(١) سورة البقرة، الآية ٢٨٠.

(٢) ينظر شرح فتح القدير: ج٤/ ٣٥١.

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الطّلاق، رقم الحديث:١٤٧٨. ومسند الإمام أحمد: رقم ١٤١٠٦.

(٤) رؤوس المسائل: ٤٤٨ رقم المسألة ٣١٧.

(٥) المحلى: ج٩/ ٢٥٤ رقم ١٩٢٦.

وإلى قوله ذهبت مجموعة من قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة، فنص قانون الزَّواج والطّلاق الليبي رقم ١٠ لسنة ١٩٨٤ في الفقرة الأولى من المادّة الثّامنة عشرة على أن من حقوق الزّوج على زوجته «النّفقة وتوابعها في حالة عسر الزّوج ويسر الزوجة طبقاً لأحكام هذا القانون». ونصَّ في المادّة الثّالثة والعشرين على أنّه «تلتزم الزوجة الموسرة بالإنفاق على زوجها وأولادها منه مدّة إعسار الزوج»، ونصَّ في الفقرة (ب) من المادّة الأربعين على أنّه «إذا كان الزّوج معسراً والزوجة موسرة أُلزمت بالإنفاق عليه وعلى أولادها منه» وجاء في الفقرة (ج) من المادّة الثّانية والخمسين من مشروع القانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة العربيّة أنّه «تلزم الزوجة الموسرة بالإنفاق على الأُسرة مدّة إعسار الزوج»[١]. وأوضحت مذكرته الإيضاحية أن هذه الفقرة صِيغت بناءً على عدّة أمور وذكرت منها ما قرره ابن حزم في المسألة[٢].

واحتجّ ابن حزم بقوله تعالى: ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ الوارد في الآية: ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لاَ تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا لاَ تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾[٣]. فأخذ منه أن الزوجة وارثة فيلزمها الإنفاق[٤]. وذكر أن هذا القول هو قول علي بن أبي طالب أن «الزوجة وارثة فعليها نفقته بنصّ القرآن»[٥].

والقول الرّابع: إذا أعسر الزّوج بنفقة زوجته فإنّه ينظر هل غرها أم لا؟ فإن كان قد غرها عند الزَّواج بأنّه موسر ثم تبين لها إعساره ؛ كان لها الفسخ. وإذا كانت تزوجت به عالمة

(١) سبق أن مشروع القانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة لم ير التطليق للإعسار بالنّفقة إذا كان خارجا عن إرادة الزّوج وذلك في الفقرة (ج) من المادّة الخامسة عشرة ومائة.

(٢) ينظر المجلة العربيّة للفقه والقضاء: ع ٢/ ٨٧.

(٣) سورة البقرة، الآية ٢٣٣.

(٤) المحلي: ج٩/ ٢٥٤ رقم المسألة ١٩٢٦.

(٥) المصدر نفسه.

بإعساره وكان من أهل اليسار ثم أعسر؛ فلا فسخ لها. وهو قول ابن القيم فإنّه ذكر أن «الذي تقتضيه أصول الشريعة وقواعدها في هذه المسألة أن الرّجل إذا غر المرأة بأنّه ذو مال، فتزوجته على ذلك فظهر معدماً لا شيء له، أو كان ذا مال وترك الإنفاق على امرأته ولم تقدر على أخذ كفايتها من ماله بنفسها ولا بالحكم؛ أن لها الفسخ. وإن تزوجته عالمة بعسرته أو كان موسراً ثم أصابته جائحة اجتاحت ماله؛ فلا فسخ لها في ذلك. ولم تزل النَّاس تصيبهم الفاقة بعد اليسار، ولم ترفعهم أزواجهم إلى الحكام ليفرقوا بينهم وبينهن»[1].

وإذا استثنينا – تبعاً لتفصيل ابن القيم – حالة الغرر من هذه المسألة، تبقى الحالة الأخرى التي يكون الإعسار فيها طارئاً، ورأى فيها ابن القيم عدم الفسخ كما ذهب إليه الحنفيّة غير أنّه لم يتحدث عن استدانة الزوجة على زوجها.

ثانياً: مناقشة الأدلة:

١- مناقشة أدلة الفريق الأوّل:

سبق أن الفريق الأوّل الذين يرون الخيار للمرأة إذا أعسر زوجها بنفقتها بمجموعة أدلّة من الكتاب والسُّنَّة وبعمل الصحابي وبالقياس.

- أما احتجاجهم من الكتاب بقوله تعالى: ﴿ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَانٍ ﴾[2] وبقوله سبحانه: ﴿ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ﴾[3] للدّلالة على أن الإمساك بالمعروف يرتفع حين إعسار الزّوج بنفقة زوجته فيلزمه التسريح بإحسان؛ فقد تعقبه الحنفيّة بأن الآيتين وردتا في سياق بيان الله لصورة الطّلاق المشروع وهو أن يطلق الزّوج زوجته مرتين يملك مراجعتها فيهما، فإذا طلقها الثّالثة تحرم عليه حتّى تنكح زوجاً غيره. وبه انتهى ما جرى عليه

(١) زاد المعاد: ج٥/ ٥٢١.

(٢) سورة البقرة، الآية ٢٢٩.

(٣) المصدر نفسه، الآية ٢٣١.

النَّاس في الجاهلية في شأن الطّلاق، يطلق الرّجل زوجته متى شاء حتّى إذا قرب انتهاء عدتها راجعها ثم طلقها[١]. قال أبو بكر الجصاص: «قوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ﴾ المراد به المراجعه قبل انقضاء العدة (...)، وقوله تعالى: ﴿أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ معناه تركها حتّى تنقضي عدتها»[٢].

ظاهر ما أخذه الحنفيّة من الآيتين أن فيهما تحديداً لما يملكه الزّوج من طلقات بينما أخذ الجمهور منهما أنّه ورد فيهما النهي عن مطلق الإضرار بالنّساء سواء أكان بسبب الطّلاق كما ذهب إليه الحنفيّة أم بسبب إمساكهن من غير الاستجابة لحقوقهن التي منها النّفقة. وما أخذه الجمهور من الآية التي فيها النهي عن الضرر بالنّساء خاصة هو ما ذهب إليه الشوكاني. فعنده أنها «وإن كان سببها خاصاً كما قيل ؛ فالاعتبار بعموم اللفظ لا بخصوص السبب»[٣]. وهذا يقضي أن تكون الآية حجة في دفع الضرر عن الزوجة، بأن يكون الأمر إليها – كما قاله الجمهور – فإذا رضيت بالبقاء مع زوجها المعسر بنفقتها استمر نكاحها وإذا لم ترض فرق القاضي بينهما.

– وأما احتجاجهم بوصف سعيد بن المسيب حكم التفريق بين المرأة وزوجها المعسر بنفقتها بأنّه سنة، فقد تعقبه الطحاوي فذكر أن «قول سعيد بن المسيب لا يقطع بأنها سنة النبي صلّى الله عليه وسلّم؛ لأنه سبق لسعيد أن قال لربيعة في إصابة المرأة هي السُّنَّة، وإنّما أخذه عن زيد بن ثابت»[٤]. ويرد عليه أيضاً أنّه حديث مرسل، وإن «الحكم بضعفه – يعني

---

(١) روى الحاكم عن عائشة رضي الله عنها قالت: «لم يكن للطلاق وقت، يطلق الرّجل امرأته ثم يراجعها ما لم تنقض العدة. وكان بين الرّجل وبين أهله بعض ما يكون بين النّاس قال: والله لأتركنك لا أيّماً ولا ذات زوج، فجعل يطلقها حتّى إذا كادت العدة أن تنقضي راجعها ففعل ذلك مراراً فأنزل الله عزَّ وجل: «الطّلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان»، فوقت الطّلاق ثلاثاً لا رجعة فيه بعد الثّالثة حتّى تنكح زوجاً غيره».

(٢) أحكام القرآن للجصاص: ج١/ ٣٣٨.

(٣) نيل الأوطار: ج٦/ ٣٢٥.

(٤) شرح معاني الآثار:

المرسل – هو المذهب الذي استقرّ عليه جماهير حفاظ الحديث ونقاد الأثر»[١]. وهو الحكم نفسه عند الإمام الشافعيّ على الحديث المرسل، غير أنّه يستثني منه مرسلات سعيد بن المسيب إما لأنه لا يرسل إلا عن ثقة أو لكون مرسلاته تجيء من وجوه أخرى[٢]. ولعل هذا هو السبب الذي من أجله رد الماوردي الطعن في حديث سعيد بالإرسال فقال: «فإن قيل: فهو مرسل لأن سعيداً تابعي؛ قيل: عضده رواية أبي هريرة[٣]، وانعقاد الإجماع عليه خرج عن حكم المراسيل. والإجماع أنّه قول عمر وعلي وأبي هريرة رضي الله عنهم (...)، وليس لهم مع انتشار قولهم في الصحابة مخالف فثبت أنّه إجماع لا يسوغ خلافه»[٤]. ويؤيد قول الماوردي أن الشوكاني وصف قول سعيد بن المسيب بأنّه مرسل قوي[٥].

– وأما احتجاجهم بعمل عمر بن الخطاب حين خير من غاب من الأجناد بين أن يبعثوا بنفقة زوجاتهم وبين أن يطلقوهن، فقد رده الزيلعي بأن كتاب عمر «كان إلى القادرين على النّفقة. ولهذا أمرهم أن يوفوا بالبقية من النّفقة الماضية»[٦]. ورده أيضاً بما نقله عن ابن حزم أن مذهب عمر إسقاط طلب النّفقة عن المعسر[٧].

لكن ليس في خطاب عمر ما يدل على أن حكمه خاص بالقادرين على النّفقة بل هو عام في جميع من غابوا عن نسائهم ولم يبعثوا بنفقتهن. وهو ظاهر رواية البيهقي عن ابن عمر أن

---

(١) علوم الحديث لابن الصلاح: ٤٩.

(٢) يدل على هذا قول ابن الصلاح: «احتج الشافعيّ رضي الله عنه بمرسلات سعيد بن المسيب رضي الله عنهما، فإنها وجدت مسانيد من وجوه أُخر». (ينظر علوم الحديث: ٤٩).

(٣) يعني قوله: «تقول لك امرأتك: أنفق علي أو طلقني».

(٤) الحاوي الكبير: ج١١/ ٤٥٥.

(٥) نيل الأوطار: ج٦/ ٣٣٤.

(٦) ينظر تبيين الحقائق: ج٣/ ٥٥.

(٧) ينظر المحلي: ج ٩/ ٢٥٩ رقم المسألة ١٩٢٦.

عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن يأخذوهم بأن ينفقوا أو يطلقوا»[١].

- وأما قياسهم حكم المعسر بنفقة زوجته على العاجز عن الوطء فقد تعقبه الزيلعي بأنّه «لا يمكن قياسها على الجب»[٢]. ولعله رآه قياساً مع الفارق، ذلك أن «ما يفوت المرأة بالعيب هو المقصود الأوّل من الزّواج، ولا يمكن تداركه مع بقاء هذه الزوجيّة. أما ما يفوق بعدم الإنفاق ليس مقصوداً أصلياً، ويمكن تداركه بالتجائها إلى من تجب عليه نفقتها إذا لم يكن لها زوج، أو باعتمادها على العمل والتكسب إذا كانت قادرة عليه»[٣]. لكن ما أراده جمهور الفقهاء من هذا القياس هو أنّه إذا كان الحكم في امرأة العاجز عن الوطء إذا اختارت فراقه - مع أن انعدام الوطء لا تضيع به نفسها - أن يفرق بينها وبين زوجها؛ فلأن يفرق بين المرأة وزوجها المعسر بنفقتها أولى وأحرى؛ لأن انعدام النّفقة تضيع به نفسها.

٢- مناقشة أدلة الفريق الثاني:

- أما احتجاج الفريق الثّاني الذين لا يثبتون للمرأة الخيار في فسخ النّكاح إذا عجز زوجها عن نفقتها وهم الحنفيّة بقوله تعالى: ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا ﴾ على أن من يعجز عن نفقة زوجته ترتفع عنه، فظاهره أنهم نظروا في المسألة إلى حال الزّوج وحده ولم ينظروا إلى حال الزوجة التي أوجب الله نفقتها على زوجها، وهو ما استحضره الفريق الأوّل الذين هم الجمهور، فجعلوا للمرأة الخيار بين البقاء مع زوجها على هذه الحال وبين فراقه. ولم يروا فيما ذهبوا إليه تكليفاً للزوج بما لا يطيق وإنّما أرادوا بقولهم هذا دفع الضرر عن الزوجة. وهو ما رجّحه الشوكاني فأجاب عن استدلال الحنفيّة بقوله تعالى: ﴿ لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللهُ لاَ يُكَلِّفُ اللهُ نَفْسًا إِلاَّ مَا آتَاهَا ﴾ على أن الرّجل إذا

(١) السنن الكبرى للبيهقي: باب الرّجل لا يجد نفقة امرأته ج٧/ ٤٦٩.

(٢) ينظر تبيين الحقائق: ج٣/ ٥٥.

(٣) ينظر الفرقة بين الزّوجين لعلي حسب الله: ١٣٦.

أعسر ولم يجد سبباً يمكنه به تحصيل النّفقة فلا تكليف عليه بدلالة الآية بأنا «لم نكلفه النّفقة حال إعساره بل دفعنا الضرر عن امرأته وخلصناها من حباله لتكتسب لنفسها أو يتزوجها رجل آخر»(١).

- وأما استدلالهم بقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ على أن النّفقة دين يثبت في ذمة الزّوج فإذا أعسر بها انتظرت زوجته حتّى يوسر؛ فيرد عليه أن المرأة إذا لم تجد من تستدين منه حسب قولهم وانتظرت زوجها حتّى يوسر لينفق عليها؛ ستقع في حرج، لأن نفقتها تتعدد كل وقت، وتتعلّق بحفظ نفسها فخالفت صورة الإعسار بالدين المراد في الآية.

- وأما احتجاجهم بما وقع لرسول الله صلّى الله عليه وسلّم مع نسائه حين سألنه النّفقة وما كان من غضب أبي بكر وعمر على ابنتيهما من أجل ذلك؛ فيرد عليه أن ليس فيما صنعاه معهما ما ينفي أن يكون أمر الزوجة بيدها إذا أعسر زوجها بنفقتها. وهو جواب الشوكاني عن احتجاجهم بهذا الحديث. قال: «يجاب عن الحديث المذكور بأن زجرهما عن المطالبة بما ليس عند رسول الله لا يدل على عدم جواز الفسخ لأجل الإعسار، ولم يروا أنهنَّ طلبنه ولم يجبن إليه، كيف وقد خيَّرهنَّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم بعد ذلك فاخترنه»(٢).

- وأما احتجاج ابن حزم بقوله تعالى ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾(٣) لإلزام المرأة بالإنفاق إذا أعسر زوجها بنفقتها من أجل أنها وارثة، فقد ورد عند الإمام البخاري نفي الاحتجاج به للزوم النّفقة في ذمة الزوج، فأورد في باب «وعلى الوارث مثل ذلك» وهل على المرأة منه شيء؟ قوله تعالى: ﴿وَضَرَبَ اللهُ مثلاً رَّجُلَيْنِ أَحَدُهُمَا أَبْكَمُ لاَ يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ وَهُوَ

---

(١) ينظر نيل الأوطار: ج٦/ ٣٢٥.

(٢) نيل الأوطار: ج٦/ ٣٢٦.

(٣) سورة البقرة، الآية ٢٣٣.

كَلٌّ عَلَى مَوْلَاهُ أَيْنَمَا يُوَجِّههُّ لَا يَأْتِ بِخَيْرٍ هَلْ يَسْتَوِي هُوَ وَمَن يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَهُوَ عَلَى صِرَاطٍ مُّسْتَقِيمٍ ﴾[1].

ونقل ابن حجر عن ابن المنير[2] توضيح مذهب البخاري هنا من خلال هذه الترجمة فذكر أنّه «إنما قصر البخاري الرد على من زعم أن الأم يجب عليها نفقة ولدها وإرضاعه بعد أبيه لدخولها في الوارث، فبين أن الأم كانت كلاً على الأب واجبة النّفقة عليه، ومن هو كل بالأصالة لا يقدر على شيء غالباً؛ كيف يتوجه عليه أن ينفق على غيره؟»[3].

كما تعقب ابن القيم ما أخذه ابن حزم من هذه الآية من إلزام زوجة العاجز عن النّفقة بالإنفاق عليه فبين أنّه «لو تأمل سياق الآية لتبين له منها خلاف ما فهمه منها، فإن الله سبحانه قال: ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾، وهذا ضمير الزّوجات بلا شك، ثم قال: «وعلى الوارث مثل ذلك»، فجعل سبحانه على وارث المولود له أو وارث الولد من رزق الوالدات وكسوتهن بالمعروف مثل ما على الموروث. فأين في الآية نفقة على غير الزّوجات حتّى يحمل عمومها على ما ذهب إليه؟»[4].

وإلى تأويل ابن القيم ذهب الشّيخ الدكتور يوسف القرضاوي فذكر أن «معنى (وعلى الوارث مثل ذلك)؛ أي عن القريب الذي يرث من المولود له – وهو أب المولود – إذا مات رزق الوالدات وكسوتهن بالمعروف، أي النّفقة عليهن في حالة الرّضاع. فكما يرث فيغنم ينفق فيغرم والغنم بالغرم»[5].

---

(١) سورة النحل، الآية ٧٦.

(٢) هو أبو الحسين أحمد بن محمّد بن منصور بن أبي القاسم الجروي الإسكندري قال فيه ابن فرحون: «من رؤوس المالكيّة». توفى سنة ٦٨٣هـ. ترجمته في الديباج المذهب لابن فرحون: ج١/ ٢٤٣ رقم ١٢٨.

(٣) ينظر فتح الباري: ج١٠/ ٦٤٥ عند شرح ترجمة الباب رقم ١٤.

(٤) ينظر زاد المعاد: ج٥/ ٥١٨.

(٥) فتاوى معاصرة للقرضاوي: ج٢/ ٢٩٨.

ويمكن الاختلاف مع ابن حزم فيما أخذه من الآية، لكنه لم يلزم بالنّفقة كل امرأة عجز زوجها عن الإنفاق عليها – كما ذهب إلى ذلك ابن المنير – فإن كانت معسرة فإنّه لم يكلفها بشيء، وقوله صريح في إلزام الزوجة الغنية وحدها بالإنفاق على زوجها المعسر. لكن لا شيء في الشّرع يلزم المرأة بذلك ولو كانت غنية.

ثالثاً: سبب الاختلاف:

يظهر من خلال عرض آراء وأدلّة الفقهاء في المسألة أن سبب اختلافهم فيها يرجع إلى معارضة القياس لاستصحاب الحال. فالذين قالوا بالتفريق بين المرأة وزوجها إذا أعسر بنفقتها وهو الجمهور ؛ قاسوا حكم العجز عن نفقة الزوجة على العجز عن وطئها بعلة إلحاق الضرر بها في الحالتين معاً؛ إذ كما تتضرر زوجة العِنِّين بسبب عِنَّتِهِ؛ تتضرر زوجة المعسر بالنّفقة بسبب إعساره بها، وإن اعتماد هذا القياس ورد التّصريح به عند الإمام الشافعيّ[١] وابن قدامة[٢]. وأما الذين نفوا التفريق بين الزّوجين بسبب الإعسار بالنّفقة؛ فعندهم أن العصمة الزوجيّة ثبتت بالإجماع فلا تفسخ إلا بالإجماع أي بدليل من كتاب الله أو سنة نبيه صلّى الله عليه وسلّم وهو ما قاله ابن رشد[٣].

رابعاً: الترجيح:

بعد عرض آراء الأئمة الفقهاء في هذه المسألة، ومقابلة أدلتهم بعضها ببعض والتأمل فيها؛ يظهر أن القول الرّاجح فيها هو قول الجمهور أن الزّوج إذا أعسر بنفقة زوجته كان لها الخيار بين البقاء معه وبين مفارقته. مع التأكيد أنها إذا رضيت أن تصبر معه حتّى ترتفع عنه هذه الحال كان أحسن لحياتها الزوجيّة، ويتأيد ترجيح قولهم بما يلي:

---

(١) ينظر الأم: ج٥/ ١١٣.

(٢) ينظر المغني: ج٩/ ٢٤٣.

(٣) ينظر بداية المجتهد: ج٢/ ٥١.

١- الأدلة من الكتاب التي تضبط العلاقة بين الزّوجين تفيد بعمومها نفي الضرر في هذه العلاقة بصفة عامة، وذلك نحو قوله تعالى: ﴿ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾، وقوله تعالى: ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُو ﴾[١]، فإنّه وإن كان فيهما بيان صفة الطّلاق المشروع ووضع حد لما كان يمارسه الأزواج في حق مطلقاتهم من ظلم إذ كانوا يطلقوهن مرات عديدة في عدتهن[٢]. فإن الله تعالى بأمره الأزواج بإمساك زوجاتهم بالمعروف وبنهيهم عن الأضرار بهن؛ لم يخص سبحانه بنهيه نوعاً من الإضرار وإنّما نهى عنه وعن كل فعل يقوم به الزّوج ينتج عنه ضرر بزوجته.

وإنه لمّا كانت النّفقة من حقوق الزوجة على زوجها، وكان عاجزاً عنها؛ فإن إمساكه زوجته على هذه الحال يكون إمساكاً لها بغير المعروف، فيلزم معه تسريحها بإحسان إذا اختارته؛ لأن الآية المذكورة وإن كان سببها خاصاً كما قيل، فالاعتبار بعموم اللفظ لا بخصوص السبب كما أوضح الشوكاني[٣].

٢- إن المرأة لا تقبل أن تتزوج شخصاً إلا إذا كان قادراً على توفير حقوقها التي تجب عليه ومنها النّفقة، فإذا هو عجز عنها ارتفع ما يترتب على زواجهما من بقائها معه إلا إذا رضيت به. ولا يسقط حقها في المطالبة بالتفريق للإعسار بالنّفقة أن زوجها لا يقصد الإضرار بها أو أنّه اضطر[٤] للوقوع في الإعسار بنفقتها؛ لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير[١].

---

(١) سورة البقرة، الآية ٢٣١.

(٢) سبق ذكر حديث عائشة الذي يدل على هذه العادة.

(٣) ينظر نيل الأوطار: ج٦/ ٣٢٥.

(٤) عد مشروع القانون العربيّ للأحوال الشخصيّة «الحال التي يضطر فيها الزّوج إلى الوقوع في الإعسار بنفقة زوجته، فلم يوجب بسببه التفريق بين الزّوجين لأنه حصل بسبب خارج عن إرادته كسرقة أمواله أو احتراقها أو غرق بضائعه أو مصادرة أمواله وأملاكه، فليس من النصفة والعدالة أن تزاد نكبته بتطليق زوجته جبرا عليه». (ينظر المجلة العربيّة للفقه والقضاء: ع٢/ ١٢٥). =

٣- ليس من اليسير تحقيق العمل بقول الحنفيّة ولا بقول ابن حزم. فأما قول الحنفيّة بعدم التفريق وبأن تستدين المرأة على زوجها؛ فليس في مقدور كل زوجة أعسر زوجها بنفقتها أن تجد اليوم من تستدين منه إلى أن ترتفع حالة الإعسار عن زوجها. وأما قول ابن حزم بإلزام المرأة الموسرة بأن تنفق على زوجها إذا أعسر بنفقتها دون أن يتعلّق ما تنفقه ديناً في ذمته؛ فإنّه يفتقر إلى الدليل الشرعيّ الذي يفيده. ثم أنّه يتعارض مع حق المرأة في التصرف في مالها الذي يضمنه لها الشرع[٢]. وهنا يأتي اقتراح الشّيخ محمّد الطّاهر بن عاشور أن تأخذ المرأة ما يكفيها من النّفقة من بيت مال المسلمين غير أنّه غير متحقق اليوم فيعمل بالحكم الآخر وهو أن يفرق بينها وبين زوجها إذا اختارته. قال رحمه الله: «إن كان بيت المال قائماً فإن من واجبه نفقة الزّوجين المعسرين، وإن لم يتوصل إلى الإنفاق من بيت المال كان حقاً أن يفرق القاضي بينهما ولا يترك المرأة وزوجها في احتياج»[٣].

٤- لقد أحسنت قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة صنعاً بقرارها أن يكون للمرأة الخيار في هذه المسألة بعد إمهال الزّوج المعسر مدّة مناسبة يوفر خلالها ما نفقة زوجته، ولم تقرّر التفريق بين المرأة وزوجها مباشرة بعد رفع الزوجة دعوى التطليق للإعسار.

لكنه مع تقرير هذا الحق للمرأة؛ فإن الأفضل لها أن تصبر مع زوجها، لما فيه من المصلحة. ذلك أن اختيارها البقاء معه في حال إعساره بنفقتها يعطي صورة على أن العلاقة

= وهذا تعليل معقول يترتب على اعتباره الرفق بالزوج في الحكم، لكن زوجة إذا لم تعتبره ورغبت في التفريق بينها وبين زوجها لزم تمليكها الخيار. وكان منعها منه إجباراً لها على أن تستمر في عصمة زوجية لا ترضاها، وهو ما يمكن أن ينتج عنه مفاسد من الأفضل أن تدرأ بالاستجابة لطلبها قبل وقوعها.

(١) ينظر شرح القواعد الفقهيّة: ٢١٣.

(٢) يعطي الشّرع الحق للمرأة في التصرف في مالها، ولم يبح للزوج أن يأخذ من مال زوجته شيئاً إلا عن طيب خاطرها ورضاها لقوله تعالى: «فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئاً» (النّساء: ٤).

(٣) التحرير والتنوير: ج٢٨/ ٣٣٢.

التي تربطهما هي أمتن من أن تفسخ بعارض يمكن أن يزول خاصة إذا كانت في حال يساره لم تر منه إلا ما يرضيها ويسعدها. ثم إن الغنى والفقر ليسا صفتين لازمتين شخصاً معيناً، فإنّه رب غني اليوم يصير فقيراً غداً، ورب فقير اليوم يصير غنياً غداً، والله تعالى ندب إلى إنكاح الفقراء في قوله سبحانه: ﴿وَأَنكِحُوا الأَيَامَى مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِن يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللهُ مِن فَضْلِهِ﴾[1].

وتظهر أفضلية البقاء مع زوجها أكثر إذا كان لها منه أبناء؛ فلأنْ ينعموا بالعيش معهما مجتمعين خير من أن يعيشوا مع واحد منهما أو مهملين.

(١) سورة النور، الآية ٣٢.

الفصل الثّالث

الاجتهاد الانتقائيّ في صيغ الطّلاق

المبحث الأوّل: حكم الحلف بالطّلاق

المبحث الثّاني: حكم الحلف بالحرام

المبحث الثّالث: حكم الطّلاق المعلَّق على شرط

المبحث الرّابع: حكم الطّلاق الثلاث بلفظ واحد



تمهيد:

ورد التعبير عن الفرقة في القرآن الكريم وفي السُّنَّة النبوية بلفظ صريح يدل عليها هو لفظ الطّلاق ومشتقاته في مثل قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾[١]. وقوله: ﴿ لاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾[٢]. فمتى واجه الرّجل زوجته بهذا اللفظ دلّ على رغبته في مفارقتها. ويرد التّعبير عنها بألفاظ يُكنّى بها عنها إما كناية ظاهرة وإما كناية غير ظاهرة.

فمن ألفاظ الكناية الظاهرة التي تستعمل في ذلك لفظ التسريح في مثل قوله عزَّ وجل: ﴿ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلاً ﴾[٣] وكذا لفظ الفرقة في مثل قوله عزّ وجلّ: ﴿ وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللهُ كُلاًّ مِّن سَعَتِهِ ﴾[٤]. وهذان الصيغتان هما أقرب إلى التّصريح بالرغبة في إيقاع الفرقة. ومن ألفاظ الكناية غير الظاهرة التي تستعمل في ذلك مخاطبة زوجته بنحو قوله: «اذهبي عني»، و «الحقي بأهلك». وهذان اللفظان لا يقع بهما طلاق حتّى يقصده من يتلفظ بهما.

والمتتبع لما استعمله النَّاس من صيغ الطّلاق يجدهم أحدثوا صيغاً متنوعة غير ما ذكر إما لقصد إيقاع الطّلاق وإما لقصد غيره. وقد تناول الفقهاء قديماً جميع هذه الصيغ بالدّراسة والبحث عن حكم كل واحد منها، وسيتم بسط أقوالهم فيها ومناقشتها فيما يلي:

---

(١) سورة الطلاق، الآية ١.

(٢) سورة البقرة، الآية ٢٣٦.

(٣) سورة الأحزاب، الآية ٤٩.

(٤) سورة النساء، الآية ١٣٠.

المبحث الأوّل

حكم الحلف بالطّلاق[١]

أولاً: آراء وأدلة الفقهاء في المسألة:

اختلف الفقهاء في مسألة الحلف بالطّلاق على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن من حلف بطلاق زوجته إذا حنث يلزمه ما حلف به. وهذا قولُ جمهور الفقهاء وفيهم الحنفيّة والمالكيّة والحنابلة. فبالنّسبة للمذهب الحنفيّ، حكى الكاساني عن أبي حنيفة أن «قوله: إن دخلت الدّار فأنت طالق ؛ يمين تامة لوجود الشرط والجزاء، وإنها منعقدة لحصولها بالملك»[٢]. وبالنّسبة للمذهب المالكيّ جاء في المدوّنة الكبرى: «قلت: أرأيت الرجلين يقول أحدهما لصاحبه: «امرأته طالق إن كنت قلت لك كذا وكذا؟ قال: قال مالك: يدينان جميعاً»[٣]. وبالنّسبة للمذهب الحنبليّ ذكر ابن قدامة أن أحداً: «لو قال: (الطّلاق

---

(١) الحلف بالطّلاق من الصيغ التي يتلفظ النّاس بها، وصورته – كما أوضحها ابن تيمية – «أن يحلف بذلك فيقول: الطّلاق يلزمني لأفعلن كذا أو لا أفعل كذا، أو يحلف على غيره – كعبده وصديقه الذي يرى أنّه قسمه –: ليفعلن كذا أو لا يفعل كذا (...) فهذه صيغ قسم، وهو حالف لهذه الأمور لا موقع له». (ينظر الفتاوى الكبرى: ج٣/ ٢٣٤، وينظر مصنف عبد الرزاق: ج٦/ ٣٨٢، فإن فيه مزيد بيان لأمثلتها).

لكن المالكيّة والحنفيّة يعدون من صيغ الحلف بالطّلاق صيغة تعليق الطّلاق بشرط ؛ فقد جاء في المدوّنة الكبرى: «قلت: أرأيت إن قال رجل لامرأته: إن دخلت الدّار فأنت طالق أو إن أكلت أو شربت أو لبست أو ركبت أو قمت أو قعدت فأنت طالق ونحو هذه الأشياء أن تكون هذه أيمانا كلها؟ قال: نعم». (ينظر المدوّنة الكبرى: ج٣/ ٢). وقال نحو هذا الكاساني.

(٢) ينظر بدائع الصنائع: ج٣/ ٤.

(٣) المدونة الكبرى: ج٣/ ٤.

يلزمني)، أو (الطّلاق لي لازم)؛ فهو صريح، فإنّه يقال لمن وقع طلاقه: لزمه الطّلاق (...) وإن قال: (علي الطّلاق)؛ فهو بمثابة قوله: (الطّلاق يلزمني)، لأن من لزمه شيء فهو كالدين»[١].

وإلى هذا القول ذهب من الفقهاء المعاصرين الشّيخ أبو الشتاء الصنهاجيّ فإنّه قال عند قول الزقاق[٢]. في لاميته (كذاك حرام): «لا مفهوم للحرام، بل اليمين كذلك على ما به العمل من لزوم طلقة فيه»[٣]. وأوضح أنه: «كان الواجب قديماً في الحلف بلفظ اليمين إذا حنث صاحبه هو الكفارة، وهي إطعام عشرة مساكين إلخ، ثم صار أهل فاس منذ ما يزيد على أربعة قرون سلفت يقصدون باليمين فك عصمة الزوجة (...).

وفي اليمين طلقة للعرف // إذ هي كالصريح دون خلف

في بلدة عرفهم بها جرى // لا غيرها فيه الكفارة ترى[٤]

وليس للموقعين للطلاق عند الحنث في اليمين دليل من الكتاب أو السُّنَّة يثبت ما قالوا، لأن الحكم بوقوعه – كما قال ابن القيم – «حدث الإفتاء به بعد انقراض عصر الصحابة، فلا يحفظ عن صحابي في صنيعة القسم إلزام الطّلاق به أبداً»[٥]. وذكر ابن تيمية أن «حجتهم عليه ضعيفة جداً، وهي أنّه التزم أمراً عند وجود شرط فيلزمه ما التزمه. وهذا منقوض

---

(١) ينظر المغني: ج٨/ ٤١٠.

(٢) هو أبو الحسن على بن محمّد التحيي، شهر بالزقاق له النظم المعروف بالزقاقية توفى سنة ٩١٢ هجرية ترجمته شجرة النور الزكية: ٢٤٧ رقم ١٠٢٠.

(٣) مواهب الخلاق على شرح التاودي للاميَّةِ الزقاق لأبي الشتاء الصنهاجيّ: ج٢/ ٣٨٣.

(٤) ينظر التدريب على الوثائق العدلية: ٦٥.

(٥) ينظر إعلام الموقعين: ج٣/ ٤٦.

بصور كثيرة وبعضها مجمع عليه كنذر الطّلاق والمعصية[١] والمباح[٢] وكالتزام الكفر على وجه اليمين»[٣].

والقول الثّاني: إن من حلف بطلاق زوجته فحنث فيه؛ لا يقع طلاقه ولا تلزمه كفارة. وهو قول ابن حزم، فعنده أن «اليمين بالطّلاق لا يلزم سواء بر به أو حنث»[٤]. وذكر ابن القيم أن هذا «مذهب خلق من السلف والخلف، وصح ذلك عن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه»[٥].

وبهذا القول أخذت غالبية قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة، واختاره أغلب الفقهاء المعاصرين. جاء في المادّة الثّانية من القانون المصري المعدل رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أنّه «لا يقع الطّلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غيره». وورد في مذكرته الإيضاحية أن «المشرع أخذ في إلغاء اليمين بالطّلاق برأي بعض علماء الحنفيّة والمالكيّة والشّافعيّة، وأنه أخذ في إلغاء المعلّق الذي في معنى اليمين برأي علي بن أبي طالب كرم الله وجهه وشريح القاضي وداود الظاهري وأصحابه»[٦]. وجاء في المادّة السّادسة والثلاثين من قانون الأحوال الشخصيّة العراقي أنّه «لا يقع الطّلاق غير المنجز أو المشروط أو المستعمل بصيغة اليمين». وجاء في الفصل الخمسين من مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة أن «الحلف

---

(١) في رسول الله صلّى الله عليه وسلّم عن نذر المعصية فيما أخرجه البخاري من حديث عائشة رضي الله عنها: «ومن نذر أن يعصي الله فلا يعصه». رقم الحديث ٦٧٠٠. ولمسلم من حديث عمران: «لا وفاء لنذر في معصية» ينظر في صحيح مسلم بشرح النووي كتاب النذر، باب لا وفاء لنذر في معصية الله ولا فيما لا يملك العبد، رقم الحديث ١٦٤١.

(٢) حكى النووي أن جمهور العلماء على أن النذر إذا كان مباحاً كدخول السوق لم ينعقد النذر ولا كفارة عليه. ينظر صحيح مسلم بشرح النووي، عند شرح الحديث رقم ١٦٤١.

(٣) ينظر الفتاوى الكبرى: ج٣/ ٢٤١.

(٤) ينظر المحلي: ج٩/ ٤٧٦ رقم ١٩٦٥.

(٥) ينظر إعلام الموقعين: ج٣/ ٥٠.

(٦) ينظر كتاب تشريعات الأحوال الشخصيّة للمسلمين: ٢٩.

باليمين أو الحرام لا يقع به طلاق». وجاء في المادّة الثّالثة والثلاثين من قانون الزَّواج والطّلاق الليبي رقم ١٠ لسنة ١٩٨٥ أنّه «لا يقع الطلاق في الحنث بيمين الطّلاق أو الحرام». فهذه النّصوص تتفق على أن الحنث في الحلف بالطّلاق لا يقع به شيء.

ورد الشّيخ محمّد عبده القول بوقوع الطّلاق عند الحنث فيه لانعدام قصده[١]. وقال الشّيخ محمود شلتوت: «والذي نراه في المسألة من جهة الوقوع وعدمه ونفتي به؛ هو الرأي الذي اختاره قانون المحاكم الشرعيّة الصادر سنة ١٩٢٩ وهو (...) أن الحلف بالطّلاق كقول الرجل: «علي الطّلاق»، أو «يلزمني الطّلاق»؛ لغو من الكلام لا يقع به شيء»[٢]. وقال الأستاذ علي حسب الله: «ونحن نُرجِّح بأن الحلف بالطّلاق لا يقع به شيء»[٣]. وعد الأستاذ علال الفاسيّ الحلف بالطّلاق من المسائل التي يجب فيها إعادة النظر، ووصف «استعمال الإيمان في تحريم الزّوجات من أخطر الأمراض الاجتماعيّة الموجودة في المغرب؛ لأنّها تخرب كثيراً من العائلات التي تعيش في غاية الانسجام ولا تحس بأدنى ميل للافتراق. فكثيراً ما يكون الزّوج مثلاً في لعب الورق أو نقاش تجاري مع بعض أصدقائه، ثم يصل به الغضب على غير زوجته إلى الحلف بتطليقها هي. (...) فما أشده مرضاً اجتماعياً خطيراً!»[٤]. وأوضح الشّيخ الدكتور يوسف القرضاوي أنّه «لا يجوز للمسلم أن يجعل من الطّلاق يميناً يحلف به على فعل هذا أو ترك ذاك أو يهدد به زوجته إن فعلت كذا فهي طالق»[٥].

واحتجّ أحاب هذا القول بما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ

---

(١) ينظر الأعمال الكاملة للشيخ محمّد عبده: ج٢/ ١٢٤.

(٢) الفتاوى للشيخ شلتوت: ٣٠٥.

(٣) الفرقة بين الزّوجين: ٥٥.

(٤) ينظر النقد الذاتي: ٢٩٨.

(٥) ينظر الحلال والحرام في الإسلام: ٢٠٣.

﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾[1]. احتجّ به ابن حزم للدّلالة على أن «لا طلاق إلا كما أمر الله عزّ وجلّ، ولا يمين إلا كما أمر الله عزّ وجلّ على لسان رسول الله صلّى الله عليه وسلّم»[2]. يعني أنّه لا يعتبر من الحلف إلا ما سمّاه الله تعالى يميناً، وليس منه اليمين بالطّلاق.

٢- قوله صلّى الله عليه وسلّم: «من كان حالفاً فلا يحلف إلا بالله»[3]. ففيه إرشاد من دعاه أمر إلى الحلف أن لا يحلف إلا بالله. وبه «ارتفع الإشكال في أن كل حلف بغير الله فهو معصية وليس بيمين»[4]. قال الأستاذ علال الفاسي: «حدد حديث «من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت»[5]، وآية الظهار[6]، والإيلاء[7]، وأحكام النذر[8]، مجموع الأيمان الشرعيّة. وكل من خرج عن ذلك أو أتى بصيغة غير معترف بها شرعاً فقد جاء بهراء لا أثر له في طلاق ولا غيره»[9]. وهو قول الشّيخ الدكتور يوسف

---

(١) سورة المائدة، الآية ٨٩.

(٢) المحلى: ج٩/ ٤٧٦ رقم المسألة: ١٩٦٥.

(٣) صحيح البخاري: كتاب المناقب، رقم الحديث ٣٨٣٦. وصحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الأيمان رقم الحديث ١٦٤٦.

(٤) المحلّى: ج٩/ ٤٧٧ رقم المسألة: ١٩٦٥.

(٥) صحيح البخاري كتاب الأيمان والنذور رقم الحديث ٦٦٤٦. وصحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الأيمان رقم الحديث ١٦٤٦.

(٦) هي قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾ (المجادلة: ٣).

(٧) هي قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ (البقرة: ٢٢٤).

(٨) منها ما يجوز من النذور وما لا يجوز، وحكم قضاء النذر عن الميت (ينظر الموطأ كتاب النذور والأيمان ج٢/ ٣٧٦).

(٩) التقريب شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة: ٢٤١.

القرضاوي[١].

والقول الثّالث: إن الحنث في اليمين بالطّلاق لا يقع به طلاق وتلزم صاحبه كفارة اليمين وهو قول ابن تيمية وابن القيم. واحتجا له بالقياس على الحلف بالعتق[٢]. فقد ثبت عن عدد من الصحابةِ أنهم أفتوا في الحلف بالعتق أنّه لا يلزم الحالف به، ويجزيه كفارة يمين. ونفى ابن القيم أن يكون أثر عن أحد منهم التّصريح بالوقوع إلا فيما هو محتمل لإرادة الوقوع عند الشرط[٣]. ونسب ابن تيمية الإفتاء بهذا الحكم إلى «ابن عمر وابن عباس وأبي هريرة وعائشة وأم سلمة وحفصة وزينب ربيبة النبي صلّى الله عليه وسلّم»[٤]. ومنه أخذ ابن القيم أنّه «إذا كان العتق الذي هو أحب الأشياء إلى الله، ويسري في ملك الغير، وله من القوة وسرعة النفوذ ما ليس لغيره، ويحصل بالملك والفعل، قد منع قصد اليمين من وقوعه كما أفتى به الصحابة؛ فالطّلاق أولى وأحرى بعدم الوقوع. وإذا كانت اليمين قد دخلت (...) في قول الحالف: (إن حلفت يميناً فعبدي حر)؛ فدخولها في قول النبي صلّى الله عليه وسلّم: «من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليُكَفِّر عن يمينه وليأت الذي هو خير»[٥] (...) فإن كانت يمين الطّلاق يميناً شرعيّة اعتبرها؛ وجب أن تعطي حكم الأيمان، وإن لم تكن يميناً شرعيّة كانت باطلة في الشّرع فلا يلزم الحالف بها شيء»[٦].

---

(١) ينظر الحلال والحرام في الإسلام: ٢٠٣.

(٢) صورة الحلف بالعتق أن يقول السيد: «إن لم أفعل كذا فكل مملوك لي حر» (ينظر إعلام الموقعين: ج٤/ ٩٢).

(٣) ينظر إعلام الموقعين: ج٤/ ٨٢.

(٤) ينظر الفتاوى الكبرى: ج٣/ ٣٠٨-٣٠٩.

(٥) صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الأيمان رقم الحديث ١٦٥٠. وسنن الترمذي: كتاب النذور والأيمان رقم الحديث ١٥٣٠، وقال أبو عيسى: «حديث حسن صحيح».

(٦) ينظر إعلام الموقعين: ج٣/ ٥٠ – ٥١.

ثانياً: سبب الاختلاف:

يرجع سبب اختلاف الفقهاء في المسألة إلى اختلافهم في حكم صيغة الحلف بالطّلاق هل هي يمين كالحلف بالله أم لا؟ فمن عدها يميناً كما سمى الله من الأيمان ؛ ألزم بها عند الحنث فيها، وهو مذهب أبي حنيفة ومالك وأحمد في هذه المسألة، ومن لم يرها يميناً لم يُوقع الطّلاق عند الحنث فيها، وهو قول ابن حزم، ومن عدها في حكم اليمين قال: لا يقع بها طلاق وتلزم بها الكفارة وهو قول ابن تيمية وابن القيم.

ثالثاً: الترجيح:

يبدو من خلال عرض آراء وأدلّة الفقهاء في المسألة أن الرأي الرّاجح فيها هو قول ابن تيمية وابن القيم إن الحلف بالطّلاق لا يقع به شيء وتجب فيه كفارة اليمين، لأن الأدلة تقويه ثم لأن «القائل بوقوع الطّلاق ليس معه من الحجة ما يقاوم قول من نفى وقوع الطّلاق»[1]. ويتأيّد ترجيح قولهما بما يلي:

١- كون الإلزام باليمين بالطّلاق بدعة محدثة في الأمّة أحدثها الحجاج بن يوسف الثقفي، وهي التي يطلق عليها أيمان البيعة، وهي «تتضمن اليمين بالله تعالى والطّلاق والعتاق وصدقة المال والحج»[2]. فليس من الحق – كما قال الأستاذ علال الفاسي[3] – أن يجري على مذهبه أو يعمل وفق مقصده. ثم إن الحالف بالطّلاق يعظم في نفسه طلاق امرأته أكثر مما يعظم الله في نفسه، فيحلف على شيء يخبر به، أو على شيء يفعله أو لا يفعله أو يفعله غيره أو لا يفعله، بما يعظم في نفسه سلطانه من دون الله. وبهذا يكون قد شرع لنفسه ما لم يشرع الله، لأن صيغة القسم التي يعتبرها الشّرع هي التي بيَّنها

---

(١) ينظر الفتاوى الكبرى: ج٣/ ٣١٠.

(٢) ينظر إعلام الموقعين: ج٣/ ٦٣.

(٣) ينظر التقريب شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة: ٢٤٢.

رسول الله صلّى الله عليه وسلّم في قوله: «من كان حالفاً فليحلف بالله»[١]. وقد سبق الذكر أن القول بعدم وقوعه مروي عن عدد من الصحابة وبعض علماء السَّلف منهم طاوس بن كيسان. فقد روى عبدالرزاق عن ابن جريج قال: أخبرني ابن طاوس عن أبيه أنّه كان يقول: «الحلف بالطّلاق باطل ليس بشيء، قلت: أكان يراه يميناً؟ قال: لا أدري»[٢].

ولا يطعن في الحكم بإلزام من يحنث في الحلف بالطّلاق بأن يكفر عند الحنث مع أن الحلف بالطّلاق ليست من صيغ اليمين التي ورد بها الشرع؛ لأن من يحلف بالطّلاق يقصد به ما يقصد باليمين فكانت فيه الكفارة إذا حنث فيه. وأيضاً لا يطعن فيه أنّه ورد النهي عن الحلف بغير الله في قوله صلّى الله عليه وسلّم: «من حلف بغير الله فقد أشرك»[٣]، وقوله أيضاً: «لا تحلفوا بأبائكم، من كان حالفاً فليحلف بالله»[٤]؛ لأن المنهي عنه في هذين الحديثين هو الحلف بالذوات فإن فيه إشراكاً بالله، بخلاف الحلف بالطّلاق فإنّه حلف بمعنى قائم في الذّهن لا يتصور أن يعبد من دون الله فكان القول بعدم وقوعه.

٢- كون الشريعة الإسلاميّة وضعت طرقاً لمعالجة الخلافات التي تقع بين الزّوجين، وأرشدت المسلمين إلى التدخل من أجل الصُّلح بينهما فقال سبحانه: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حكماً مِّنْ أَهْلِهِ وحكماً مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاَحًا يُوَفِّقِ اللهُ بَيْنَهُمَا﴾[٥] وجعلت لحل عقدة الزوجيّة – عندما لا تؤثر في حل نزاع الزّوجين إرشادات النُّصح – ألفاظاً خاصة صريحة في الدّلالة على الفرقة. فهل يعقل أن تضرب

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) مصنف عبدالرزاق: ج٦/ ٤٠٦.

(٣) سنن أبي داود: كتاب الأيمان والنذور، رقم الحديث: ٣٢٥١. وسنن الترمذي: كتاب النذور والأيمان رقم الحديث: ١٥٣٥. وقال الترمذي: «هذا حديث حسن».

(٤) صحيح البخاري: كتاب التوحيد، رقم الحديث ٧٤٠١.

(٥) سورة النساء، الآية ٣٥.

كل هذه الوسائل عرض الحائط ويحكم بوقوع طلاق لمجرد نطق الزّوج بألفاظ جرت عادة النَّاس أن يحسبوها أيماناً فيوقعون بها الطّلاق مع أنّه تلفظ بها لبيان صدقه في خبر أو لتأكيد حاجته عند غيره أو لترويج سلعة يبيعها؟

هذا ما انتقده غير واحد من الفقهاء المعاصرين. فقال الشّيخ محمّد عبده: «نحن في زمان ألف رجال فيه الهذر بألفاظ الطّلاق، فجعلوا عصم نسائهم كأنها لعب في أيديهم يتصرفون فيها كيف يشاؤون ولا يرعون للشرع حرمة ولا للعِشرة حقاً، فنرى الرّجل منهم يناقش آخر فيقول له: إن لم تفعل كذا فزوجتي طالق، فيخالفه فيقال وقع الطّلاق وانفصمت العصمة بين الحالف وزوجته وهي لا تعلم بشيء ما، ولا تبغض زوجها، ولا تود فراقه. بل ربما كان الفراق ضربة قاضية عليها. وكذلك الرّجل ربما كان يحب زوجته ويألم لفراقها، فإذا افترق منها بتلك الكلمة التي صدرت منه لا يقصد الانفصال من زوجته، وإنّما يقصد إلزام شخص آخر بالعمل الذي كان يريده؛ كان الطّلاق على غير نية»[1]. وأوضح الشّيخ محمود شلتوت أنّه «قد شذ قوم فشرعوا ما جرى النَّاس عليه من هذه الأيمان وقالوا إن العرف جرى بها والأيمان مبنية على العرف. وإذا صح هذا فقد فتحنا باسم العرف باب العودة إلى أيام الجاهلية التي كانت متعارفة بينهم (...). ومرة أخرى لو فتحنا هذا الباب لضاع بالعرف كثير من أحكام الشريعة التي ثبتت بالأحاديث الصّحيحة وانعقد عليها إجماع الصدر الأوّل. ومن هذا الأصل أيضاً كان الحلف بالطّلاق – كقول الرجل: عليّ الطّلاق أو يلزمني الطّلاق – منكراً من القول لم يشرعه الله فلا يقع به الطّلاق. ويكون الحلف به متجاوزاً حدود الله فيما تحل به عقدة الزَّواج وفيما يحلف به»[2].

٣- إن الذي شرعه الله في باب الأيمان هو تخفيفها بالكفارة لا تثقيلها بالإلزام بها، وذلك في قوله سبحانه: ﴿ لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ

---

(١) الأعمال الكاملة للشيخ محمّد عبده: ج٢/ ١٢٤.

(٢) الفتاوى للشيخ شلتوت: ٢٣٤.

الأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ ﴾[١]. فإن فيه بيان العلاج لمن حنث في يمينه. وهو تخفيف من الله تعالى ورحمة منه عزّ وجلّ. ثم إن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم ذكر جواز ترك عمل يحلف المرء أن يقوم به إذا رأى غيره خيراً منه فقال عليه الصّلاة والسّلام: «من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليكفر عن يمينه وليأت الذي هو خير»[٢]. وأي شيء أضر بالمرء أكثر من إلزامه بطلاق زوجته إذا حنث وهو لا يقصده؟ مع أن العلاج عند الحنث هو الكفارة التي بينها الله تعالى في كتاب؟

٤- إن الحكم بوقوع الطّلاق بأيمان الطّلاق جعل النّاس يقعون في مخالفات شرعيّة يعود ضررها عليهم وعلى المجتمع ككل باحتيالهم لنقضها بأنواع من الحيل يبتغون بها أن تعود المرأة إلى زوجها. وقد ذكر ابن تيمية خمسة أنواع من المفاسد يقع النّاس فيها بسبب إلزامهم بالطّلاق عند الحنث[٣] ترمي بمجموعها إلى إبطال حكمة الشريعة من تشريع الطّلاق وإبطال حقائق الأيمان المودعة في آيات الله تعالى. ومن هذه الحيل مما لم يذكره ابن تيمية ما ورد في نوازل الديلمي: «وسئل عمن حلف لزوجته بالأيمان اللازمة إن فعلت فعلاً ففعلته فماذا يلزمه؟ فأجاب: قال الإمام ابن زرب[٤]: من قال لزوجته: الأيمان لازمة إن دخلت دار فلان لا كنت زوجة ؛ يطلقها طلاقاً خلعياً ويبرأ يمينه وله ردها بعد ذلك والله تعالى أعلم»[٥].

---

(١) سورة المائدة، الآية ٩١.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) ينظر مجموع الفتاوى:

(٤) هو أبو بكر محمّد بن بقي بن زرب القرطبي قاضي الجماعة بها توفى سنة ٣٨١ هجرية ترجمته شجرة الزكية ١٠٠ رقم ٢٤٩.

(٥) نوازل الديلمي: ٢٩.

المبحث الثاني

حكم الحلف بالحرام[١]

أولاً: آراء وأدلة الفقهاء في المسألة:

اختلف الفقهاء في حكم الرّجل يقول لامرأته: «أنت عليّ حرام» على عدّة أقوال بلغ بها القرطبي في تفسيره ثمانية عشر قولاً[٢] أشهرها ما يلي:

القول الأوّل: إن تحريم الرّجل زوجته لغو لا يجب فيه شيء وهو قول ابن حزم، فإنّه صرح بأن «من قال لامرأته: أنت عليّ حرام أو زاد على ذلك فقال كالميتة والدم ولحم الخنزير أو ما قال من ذلك ؛ فهو كلّه باطل وكذب. ولا تكون بذلك عليه حراماً وهي امرأته كما كانت، نوى بذلك طلاقاً أو لم ينو»[٣]. وحكى هذا القول عن ابن عباس رضي الله عنهما وعبد الرحمن بن عوف وسعيد بن جبير ومسروق والشعبي كلهم قالوا: إذا حرم امرأته ليس بشيء[٤].

وبهذا القول أخذت مجموعة من قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة فجاء في الفصل الخمسين من مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة أن «الحلف باليمين أو الحرام لا يقع به طلاق» وجاء في المادّة السّادسة والثلاثين من قانون الأُسرة العراقي أنّه «لا يقع الطّلاق غير المنجز أو المشروط أو المستعمل بصيغة اليمين». وجاء في الفقرة (ج) من المادّة الثّالثة والثلاثين

---

(١) يراد هذا اللفظ قول الرّجل لامرأته: «أنت على حرام».

(٢) ينظر الجامع لأحكام القرآن: ج١٨/ ١١٩.

(٣) ينظر المحلي: ج٩/ ٣٠٢ رقم المسألة ١٩٣٤.

(٤) ينظر المصدر نفسه: ج٩/ ٣٠٥ رقم المسألة ١٩٣٤.

من قانون الأُسرة الليبي رقم ١٠ لسنة ١٩٨٤ أنّه «لا يقع الطّلاق في الحنث بيمين الطّلاق أو الحرّام».

وحجة ابن حزم في هذا القول أن الحكم بالتّحريم أو التّحليل مما اختصّ الله عزّ وجلّ به ؛ فهو سبحانه إنّما جعل لعباده أن يتعاطوا الأسباب التي يتحقق بها ذلك الحكم كالنّكاح والطّلاق والبيع والعتق، فقال: ﴿وَلاَ تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلاَلٌ وَهَذَا حَرَامٌ لِّتَفْتَرُوا عَلَى اللهِ الْكَذِبَ إِنَّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللهِ الْكَذِبَ لاَ يُفْلِحُونَ﴾[1] وقال: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللهُ لَكَ تَبْتَغِي مَرْضَاتَ أَزْوَاجِكَ﴾[2].

ولهذا عد تحريم الرّجل زوجته من البدع التي حذّر منها رسول الله صلّى الله عليه وسلّم بقوله: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد»[3]. وروى ابن حزم في المحلى[4] من طريق البخاري عن سعيد بن جبير أنّه سمع ابن عباس يقول: «إذا حرم امرأته ليس بشيء وقال: لقد كان لكم في رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أُسوة حسنة»[5].

والقول الثّاني: إن تحريم الزوجة يقع ثلاث تطليقات سواء كانت مدخولاً بها أم غير مدخول بها. وهذا القول نسبه ابن حزم إلى «علي بن أبي طالب وزيد بن ثابت وابن عمر والحسن البصري»[6]. لكن خالفه ابن القيم في نسبته إلى علي وزيد رضي الله عنهما معاً يفيد أن

---

(١) سورة النحل، الآية ١١٦.

(٢) سورة التحريم، الآية ١.

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الأقضية، رقم الحديث ١٧١٨.

(٤) ينظر المحلي: ج٩/ ٣٠٥.

(٥) صحيح البخاري: كتاب الطّلاق، باب لم تحرم ما أحل الله لك؟ ورد في صحيح مسلم أن ابن عباس رضي الله عنهما كان يعد تحريم الرّجل امرأته يمينا يكفرها، مما يدل على أن معنى قوله رضي الله عنه في تحريم الرّجل امرأته الذي في صحيح البخاري: (ليس بشيء) لا يعني به وقوع الطّلاق، وإنّما فيه فقط كفارة يمين كما ورد عند الإمام مسلم، وهذا المعنى هو الذي رجحه ابن القيم في زاد المعاد: ح٥/ ٣٠٢.

(٦) المحلى: ج٩/ ٣٠٢.

الرواية عنهما في هذه المسألة مضطربة[1]. وذكر ابن عبد البر أن هذا القول هو مذهب مالك في المدخول بها وينويه في التي لم يدخل بها[2] لإجماع العلماء على أن من طلّق امرأته ثلاثاً أنّها تحرم عليه. فلما كانت الثلاث تحرم ؛ كان التّحريم ثلاثاً[3]. لكن تعقبه ابن حزم بأن لا وجه للتفريق بينهما[4].

والقول الثّالث: أنّه إن نوى بلفظ التّحريم طلاق زوجته وقع طلاقه بحسب ما أراد من عدده، وإن نوى طلاقاً ولم يرد عدداً؛ فهي واحدة. وإن نوى الظهار كان ظهاراً. ولا يقبل قوله أنّه أراد تحريم عينها بغير طلاق ولا ظهار، وتكون عليه كفارة يمين. فالنية محكمة للفصل في هذه المسألة وهذا مذهب الشافعيّ يظهر من قوله «لو قال الرّجل لامرأته: أنت عليّ حرام لم يقع به طلاق حتّى يريد الطّلاق. فإذا أراد به الطّلاق فهو طلاق، وهو ما أراد من

---

(١) من الروايات التي فيها أن عليّ بن أبي طالب كان يرى تحريم الزوجة إذا قال لها زوجها: «أنت على حرام» ما رواه الإمام مالك أنّه بلغه عن علي بن أبي طالب أنّه كان يقول في الرّجل يقول لامرأته أنت على حرام: إنها ثلاث تطليقات (ينظر الموطأ: ناب ما جاء في الخلية والبرية وأشباه ذلك). ومنها ما وراه عبد الرزاق عن ابن التيمي عن أبيه أن علياً وزيداً فرقا بين رجل وامرأته قال: هي على حرام (ينظر المصنف: ج٦/ ٤٠٣).
وأما الروايات التي تخالف هذا الحكم فما وراه ابن أبي شيبة عن الشعبي قال: «زعم أناس أن عليا كان جعلها عليه حراماً حتّى تنكح زوجاً غيره، والله ما قالها عليٌّ قط» (ينظر مصنف ابن أبي شيبة: ج٥/ ٧٤) وفي لفظ آخر قال: «أنا أعلمكم بما قال عليّ في الحرام قال: لا آمرك أن تتقدم ولا آمرك أن تتأخر» (المصدر نفسه: ج٥/ ٧٤).
ومن الروايات التي فيها أن زيد بن ثابت كان يرى تحريم الزوجة إذا خاطبها زوجها بقوله: أنت على حرام، ما رواه ابن أبي شيبة عنه أنّه قال: «هي ثلاث لا تحل له حتّى تنكح زوجاً غيره». (ينظر المصنف: ج٦/ ٤٠١).
لكن تخالفها رواية أخرى عنه أوردها ابن حزم من طريقه إلى قبيصة بن ذؤيب أنّه قال: «سألت زيد بن ثابت وابن عمر عمن قال لامرأته: أنت على حرام؟ فقالا جميعا: كفارة يمين»: (ينظر: المحلّى ج٩/ ٣٠٣ رقم: ١٩٣٤ وهي الرواية التي صححها ابن القيم في زاد المعاد: ج٥/ ٣٠٣.

(٢) ينظر الاستذكار: ج١٧/ ٣٧.

(٣) ينظر المصدر نفسه: ج١٧/ ٤٨.

(٤) ينظر المحلّى: ج ٩/ ٣٠٦

عدد الطّلاق. وإن أراد طلاقاً ولم يرد عدداً من الطّلاق فهي واحدة ويملك الرجعة. وإن قال أردتُ تحريمها بلا طلاق لم تكن حراماً، وكانت عليه كفارة يمين ويصيبها إن شاء قبل أن يكفر»[١]. ولقد نسب الإمام البخاري هذا القول إلى الحسن البصري[٢].

واحتجّ له الماوردي بما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللهُ لَكَ تَبْتَغِي مَرْضَاتَ أَزْوَاجِكَ﴾[٣]. احتجّ به لتحريم الزوجة إذا واجهها زوجها بلفظ التحريم، لأن الله تعالى أنكر على نبيه صلّى الله عليه وسلّم أن يحرم «ما أحله له فدل على أن التّحريم لم يقع فبطل به قول من جعله طلاقاً وظهاراً»[٤].

٢- قوله تعالى: ﴿قَدْ فَرَضَ اللهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾[٥]. احتجّ به للدّلالة على أن الكفارة تلزم من يحنث في يمينه وليس التّحريم يميناً؛ لأن قوله تعالى: ﴿قَدْ فَرَضَ اللهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾ دليل على أنّه حرم ما أحل الله بيمين حلف بها فعوتب في التّحريم وأمر بالكفارة في اليمين، ولم يكن التّحريم يميناً لأن اليمين إنما يكون خبراً عن ماض ووعداً بمستقبل فلم يجز أن يكون يميناً»[٦].

٣- حديث عائشة رضي الله عنها: «آلى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم من نسائه وحرم، فجعل الحرام حلالاً، وجعل في اليمين كفارة»[٧]. استدل به لإبطال «أن يكون التّحريم يميناً أو يصير مؤلياً، وأخبرت أنّه كفَّر عن تحريم الجارية دون العسل»[٨].

---

(١) الأم: ج٥/ ٢٧٨.

(٢) ينظر صحيح البخاري كتاب الطّلاق، باب من قال لامرأته: أنت علي حرام.

(٣) سورة التحريم، الآية ١.

(٤) ينظر الحاوي الكبير: ج ١٠/ ١٨٥.

(٥) سورة التحريم، الآية ٢.

(٦) ينظر المصدر نفسه.

(٧) سنن الترمذي: كتاب الطلا ق، رقم الحديث ١٢٠١، وسنن ابن ماجه: كتاب الطّلاق؛ رقم الحديث ٢٠٧٢.

(٨) ينظر الحاوي الكبير: ج١٠/ ١٨٥.

والقول الرّابع: إن تحريم الزوجة ظهار إذا ورد بلفظ مطلق إلا أن يصرفه بما ينويه إلى طلاق أو يمين فينصرف إلى ما نواه. وهذا ظاهر مذهب أحمد لقول ابن قدامة: « إذا قال لزوجته: (أنت عليّ حرام) وأطلق؛ ظهار»[١]، وحكى عن الإمام أحمد ثلاث روايات أخرى مختلفة[٢]. لكن نفى ابن عبد البر أن يكون الحرام ظهاراً وإن قصد به قائله أن يظهر من امرأته[٣].

والقول الخامس: إن تحريم الزوجة يمين يكفرها ما يكفر اليمين وهو قول عدد من الصحابة وجماعة من التابعين على اختلاف بينهم، هل هي يمين مغلظة يلزمها عتق رقبة[٤]، أم غير مغلظة؟

وممن روي عنه أنّه يمين من الصحابة؛ عمر بن الخطاب وابنه عبد الله وعبد الله بن مسعود، والروايات عنهم جميعاً عند عبد الرزاق وابن أبي شيبة[٥]. منها ما رواه عبد الرزاق عن عكرمة أن عمر بن الخطاب قال في الحرام: «هي يمين»[٦]. وما وراه ابن أبي شيبة عن عكرمة عن ابن عباس وعن جابر بن زيد وسعيد بن جبير وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار أنهم قالوا: «الحرام يمين»[٧].

وهذا القول هو الذي ذهب إليه ابن القيم ووصف الاستدلال عليه بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللهُ لَكَ تَبْتَغِي مَرْضَاتَ أَزْوَاجِكَ وَاللهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ قَدْ فَرَضَ اللهُ لَكُمْ

---

(١) المغني: ج٨/ ٣٠٣.

(٢) ينظر المصدر نفسه: ج٨/ ٣٠٣-٣٠٤.

(٣) ينظر الاستذكار: ج ١٧/ ٤٦.

(٤) ممن روي عنه أن التّحريم يمين مغلظة سعيد بن جبير وأبو قلابة الحزمي ووهب بن منبه، فقد روي عبد الرزاق عنهم أنهم كلهم قالوا: «هو بمنزلة الظهار إذا قال: هي على حرام عتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكينا» (ينظر مصنف عبد الرزاق: ج٦/ ٤٠٤).

(٥) ينظر مصنف عبدالرزاق: ج٦/ ٣٩٩ ومصنف ابن أبي شيبة: ج٥/ ٧٣.

(٦) مصنف عبد الرزاق: ج٦/ ٣٩٩ والسنن الكبرى للبيهقي: ج٧/ ٣٥٠.

(٧) مصنف ابن أبي شيبة: ج٥/ ٧٣.

﴿تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾[١] بأنَّه استدلال في غاية القوة. وبيَّن أن تحريم الحلال لا بد أن يكون داخلاً تحت هٰذا الفرض[٢]. ولم يفرق بين المنع من الفعل بالتحريم وبين المنع منه باليمين فهما متساويان في كون الحنث في الحلف بالله يتضمن هتك حرمة اسمه تعالى ثم حرمة شرعه عزّ وجلّ، وخلص إلى أن «الذين أوجبوا الكفارة أسعد بالنص من الذين أسقطوها، فإن الله سبحانه ذكر تحلة الأيمان عقب قوله: ﴿لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ﴾. وهذا صريح في أن تحريم الحلال قد فرض فيه تحلة الأيمان إما مختصاً به وإمّا شاملاً له ولغيره فلا يجوز أن يخلي سبب الكفارة المذكورة في السياق عن حكم الكفارة ويعلق بغيره، وهذا ظاهر الامتناع»[٣].

ثانياً: سبب الاختلاف:

يظهر من عرض الأدلة التي احتجّ بها الفقهاء في المسألة أنّه لم يرد نص صريح في القرآن الكريم والسُّنَّة النبوية يحكم فيها، مما يفيد أن القول فيها اجتهادي وأن المسألة خلافية. وهذا ما نقله القرطبي عن بعض علماء المالكيّة فقال: «قال بعض علمائنا: سبب الاختلاف في هذا الباب أنّه ليس في كتاب الله ولا سنة رسوله نص ظاهر صحيح يعتمد عليه في هذه المسألة فتجاذبها العلماء لذلك»[٤].

ثالثاً: الترجيح:

بالتأمل في آراء الفقهاء في المسألة يظهر أن الرأي الرّاجح فيها هو الحكم بأن قول الرّجل لامرأته «أنت على حرام» وما ماثلها من ألفاظ التّحريم ؛ يمين يجب تكفيرها للأمور التي ذكرت في مسألة الحلف بالطّلاق وأنه لا يقع به تحريم الزوجة وتلزم فيه الكفارة ولأمور أخرى هي:

---

(١) سورة التحريم، الآية ١، ٢.

(٢) ينظر زاد المعاد: ج٥/ ٣١٣.

(٣) ينظر المصدر نفسه: ج٥/ ٣٠٠.

(٤) الجامع لأحكام القرآن: ج١٨/ ١٢٠.

١- كون الحكم بتحريم شيء هو مما تفرد الله تعالى به، ولهذا كان عتابه عزّ وجلّ رسوله صلّى الله عليه وسلّم حين حرم شرب العسل على نفسه بقوله صلّى الله عليه وسلّم: «لن أعود له»[1]. فأنزل قوله سبحانه: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ تَبْتَغِي مَرْضَاةَ أَزْوَاجِكَ ﴾[2]. وهذا عام في أن جميع ما أحله الله فإنّه لا يملك أحد تحريمه. وهذا ما كان يفتي به عبد الله بن عباس رضي الله عنهما. وقد أخرج البخاري بسنده إليه أنّه كان يقول في الحرام: «يمين يكفرها» وقال ابن عباس: (لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة) (الأحزاب: ٢٢)[3]. وقد أخذ منه الصنعاني أن «فيه دليلاً على أن تحريم الزوجة لا يكون طلاقاً وإن كان يلزم فيه كفارة يمين»[4].

٢- كون جمهور الفقهاء ميزوا تحريم المرء زوجته عن تحريمه سائر المباحات فقالوا بوقوع الطّلاق بلفظ التّحريم – على اختلاف بينهم في عدد المرات التي يقع بها وفي صفته – بينما عدواً تحريم المباحات من طعام وشراب وغيرهما لغواً لا شيء فيه. فنقل النووي عن القاضي عياض قوله: «ومذهب مالك والشافعيّ والجمهور أنّه إن قال: هذا الطعام حرام علي أو هذا الماء وهذا الثوب أو دخول البيت أو كلام زيد، وسائر ما يحرمه غير الزوجة والأمة؛ يكون هذا لغواً لا شيء فيه»[5]. فلم يستو عندهم الحكم مع أن اللفظ واحد.

٣- إن جعل تحريم الزوجة يميناً مكفرة هو حكم وسط، فيه رفق بالنّاس خاصة إذا علمنا أن ثبوت الكفارة توحي للزوج الذي تلفظ بتحريم زوجته بأنّه مسؤول عن كلامه فلا يعود إليه.

---

(١) صحيح البخاري: كتاب الطّلاق رقم الحديث ٥٢٦٧. وصحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الطّلاق، رقم الحديث: ١٤٧٤.

(٢) سورة التحريم، الآية ١.

(٣) صحيح البخاري: كتاب الطّلاق رقم الحديث: ٥٢٦٦. وصحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الطّلاق رقم الحديث: ١٤٧٣.

(٤) ينظر سبل السلام: ج٣/ ١٤٥٢.

(٥) شرح النووي على صحيح مسلم: عند شرح الحديث رقم ١٤٧٣.

المبحث الثّالث

حكم الطّلاق المعلّق على شرط[١]

أولاً: آراء وأدلة الفقهاء في المسألة:

اختلف الفقهاء في مسألة الطّلاق المعلَّق على شرط؛ فمنهم من قال بوقوعه عند وجود الأمر المعلَّق عليه، ومنهم من قال بعدم وقوعه، ومنه من نظر إلى ما يقصده الشخص من تعليق الطّلاق على شيء. وهذا تفصيل أقوالهم فيها:

القول الأوّل: إن الطّلاق المعلَّق على شرط يقع عند حصول المعلَّق عليه، وهو قول جمهور الفقهاء وفيهم الأئمة الأربعة، فإنّه ورد التّصريح به عندهم. فبالنّسبة للمذهب الحنفيّ ورد عن الكاساني قوله: «لو قال لامرأته: إن دخلت الدّار فأنت طالق إن كلمت فلاناً (...) فإن كانت في ملكه عند دخول الدّار صحت اليمين المتعلقة بالشرط وهو الكلام، فإذا كلمت يقع الطّلاق»[٢]. وبالنّسبة للمذهب المالكيّ جاء في المدوّنة الكبرى: «(قلت): أرأيت لو أن رجلاً قال لامرأته: إذا دخلت الدّار فأنت طالق، ثم قال لها بعد ذلك: «إذا دخلت الدّار فأنت طالق» والدّار التي حلف عليها واحدة، فدخلت الدّار كم يقع عليها؟ (قال): يقع عليها تطليقتان إلا أن يكون نوى بقوله في المرة الثّانية إذا دخلت الدّار فأنت طالق؛ يريد به الكلام الأوّل ولم يرد به تطليقه ثانية»[٣]. وجاء التّصريح بلزوم الطّلاق بوجود المعلّق عليه عند ابن

---

(١) الطّلاق المعلق على شرط من الصيغ التي يتلفظ بها النّاس في الطّلاق، ويرد بصور مختلفة يهمنا منها في هذا المبحث وروده معلقا على قول أو فعل يمكن تحقيقها، يربط الزّوج فراق زوجته بوقوعه، نحو قوله لزوجته: «إن دخلت دار فلانة فأنت طالق»، أو قوله: «إذا لم يحضر فلان فأنت طالق».

(٢) بدائع الصنائع: ج٣/ ١٢٨.

(٣) المدونة الكبرى: ج٣/ ٣.

رشد في مقدماته[١]. وبالنّسبة للمذهب الشافعيّ صرح الإمام الشافعيّ بأنّه «لو قال لها: أنت طالق إن كلمت فلاناً، فكلمت فلاناً وهو حي طلقت»[٢]. وبالنّسبة للمذهب الحنبليّ ذكر ابن قدامة أنّه «متى علق الطّلاق بإيجاد فعل بواحد منها - يعني بالحروف المستعملة للشرط - كان على التراخي مثل قوله: «إن خرجت، وإذا خرجت (...) وأيتكن خرجت فهي طالق؛ فمتى وجد الخروج طلقت»[٣].

فأفادت هذه النّصوص جميعها ارتباط الطّلاق بحصول الأمر الذي علق عليه الزّوج طلاقه. وإلى هذا القول ذهبت هيئة كبار العلماء في المملكة العربيّة السعوديّة[٤].

واحتجّ الجمهور لقولهم بما يلي:

١- قوله صلّى الله عليه وسلّم: «المؤمنون عند شروطهم»[٥]. أورده الشيرازي[٦]. للاحتجاج به على وقوع الطّلاق إذا وجد الشرط المعلّق عليه، لأنه كالوعد يلتزم به الزّوج فيلزمه الوفاء به وقال: «إذا علّق الطّلاق بشرط لا يستحيل كدخول الحمام ومجيء الشهر تعلق به، فإذا وجد الشرط وقع، وإذا لم يوجد لم يقع لما روي أن النبي صلّى الله عليه وسلّم قال: «المؤمنون عند شروطهم»[٧].

٢- عمل الصحابة؛ فالقول بوقوع الطّلاق إذا وجد الأمر المعلّق عليه، روي عن ابن عمر وابن مسعود، وأخرج االإمام البخاري بسنده إلى نافع قال: «طلّق رجل امرأته البتة إن

(١) ينظر المقدمات الممهدات لابن رشد: ج٢/ ١١٩-١٢٠.

(٢) ينظر الأم: ج٥/ ١٩٩.

(٣) ينظر المغني: ج٨/ ٣٥٣

(٤) ينظر أبحاث هيئة كبار العلماء: ج٢/ ٣٨٧. في قرار رقم ١٦ بتاريخ ١٢/ ١١/ ١٣٩٣هـ.

(٥) سبق تخريجه في مبحث الشروط المقترنة بعقد النكاح.

(٦) هو إبراهيم بن على بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي الشافعيّ توفى سنة ٤٧٦ هجرية: ترجمته في طبقات الشّافعيّة: ج٤/ ٢١٥ رقم ٣٥٦، وسير أعلام النبلاء: ج٨/ ٤٥٢ رقم ٢٣٧.

(٧) المهذب مع شرحه المجموع: ج١٦/ ١٥٢.

خرجت، فقال ابن عمر: إن خرجت فقد بتت منه، وإن لم تخرج فليس بشيء»[١].

وروى البيهقي من طريق إبراهيم عن ابن مسعود في رجل قال لامرأته إن فعلت كذا وكذا فهي طالق فتفعله؟ قال: هي واحدة وهو أحق بها»[٢].

لكن حكى ابن القيم أن هذا الأثر منقطع بين إبراهيم وابن مسعود[٣]. وروى البيهقي روى عن أبي الزناد عن أبيه أن الفقهاء السبعة من أهل المدينة كانوا يقولون: «أيما رجل قال لامرأته: أنت طالق إن خرجت إلى الليل فخرجت، طلقت امرأته»[٤].

لكن حمل ابن تيمية وتلميذه ابن القيم قول الصحابة والتابعين من بعدهم بوقوع الطّلاق المعلّق على شرط؛ على ما إذا كان القصد من تعليق الطّلاق على شيء إمضاء الطّلاق عند حصول المعلّق عليه لا الحلف[٥]. وذكر ابن القيم أنّه صح عن الصحابة أنهم أفتوا بالوقوع في صور وبعدم الوقوع في صور أخرى، وساق ما حفظ عنهم في القول بالوقوع وما أثر عنهم في خلافه[٦] مما يبطل دعوى الإجماع على حكم في المسألة.

والقول الثّاني: إن الطّلاق المعلّق على شرط لا يقع، وهو مذهب الشيعة الجعفرية. ففيه أنّه «يشترط تجريده – يعني الطّلاق – من الشرط والصفة»[٧]. وذكر الدكتور محمّد مصطفى شلبي أن العلة في هذا الحكم عندهم أن «الطّلاق كالزّواج، وكما لا يصح الزَّواج المضاف أو

---

(١) هذا الأثر أورده البخاري معلقا في كتاب الطّلاق باب الطّلاق في الإغلاق والمكره والسكران: ج٦/ ٢٠٦. ولم يورده ابن حجر في تغليق التعليق كما لم يبين في فتح الباري من وصله.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي: ج٧/ ٣٥٦.

(٣) ينظر إعلام الموقعين: ج٣/ ٤٧.

(٤) السنن الكبرى للبيهقي: ج٧/ ٣٥٦.

(٥) ينظر الفتاوى الكبرى: ج٣/ ٢٤٦.

(٦) إعلام الموقعين: ج ٣/ ٤٦-٤٧.

(٧) ينظر المختصر النافع: ٢٢٢ نقلاً عن كتاب مدى حرية الزّوجين في الطّلاق: ٢٩٦.

المعلَّق؛ فكذلك الطّلاق، ولاحتمال أن يجيء ذلك الوقت وهي ليست بزوجة بموتها أو بطلاقها قبله فيكون لغواً»[١].

وبهذا القول أخذت مجموعة من قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة وبعض الفقهاء المعاصرين. جاء في الفصل الثّاني والخمسين من مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة أن «الطّلاق المعلَّق على فعل شيء أو تركه لا يقع». وأوضح الأستاذ علال الفاسيّ أن هذا الحكم هو الذي «وافق عليه الشيعة الجعفرية»[٢]. وجاء في الفقرة (ب) من المادّة الثّالثة والثلاثين من قانون الأُسرة الليبي رقم ١٠ لسنة ١٩٨٤ أنّه «لا يقع الطّلاق المعلَّق على فعل شيء أو تركه». وجاء في المادّة الخامسة ومائة من قانون الأحوال الشخصيّة الكويتي أنّه «يشترط في الطّلاق أن يكون منجزاً». وهو ما يفهم منه أن الطّلاق غير المنجز لا يعتبر. وممن أخذ بهذا القول من الفقهاء المعاصرين الأستاذ علي حسب الله وصرح بميله إليه[٣].

وعللت المذكرة التوضيحيّة لقانون الأحوال الشخصيّة الكويتي اختيار العمل بهذا القول بأن «الشرط الذي يعلق عليه الطّلاق، لا فرق بين أن يكون ذنباً تقترفه الزوجة وبين أن يكون طاعة منها، (...) وقد يكون التعليق على فعل شخص آخر (...) وعلى هذا كثرت حوادث الفرقة والشتات دون ذنب على حين غفلة من الزّوجات الصالحات المطيعات، والزوجة في هذه الحال أحب إلى زوجها. وإن تقوية العزائم على الفعل أو الترك، ومثلها تأكيد الأخبار، إنما طريقها في الإسلام هو الحلف بالله تعالى، واستخدام الطّلاق لذلك هو انحراف عن غايته وما شرع له، ولو كان اليمين بالطّلاق تعليقاً أو تنجيزاً في صورة التعليق مما هو أكثر دوراناً في هذه الأيام[٤].

---

(١) ينظر أحكام الأُسرة في الإسلام للدكتور محمّد مصطفى شلبي: ٤٩٦.

(٢) ينظر التقريب شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة: ٢٥٣.

(٣) ينظر الفرقة بين الزّوجين: ٥٠ – ٥١.

(٤) ينظر قانون الأحوال الشخصيّة: ٢١٧–٢١٨.

والقول الثّالث: أنّه يرجع في حكم الطّلاق المعلّق على شرط إلى مراد المتكلم وقصده، فإن كان يقصد به طلاق زوجته عند حصول الشرط؛ وقع طلاقه بحصوله. وإن لم يكن يقصده وكان يريد فقط حث زوجته على القيام بعمل أو نهيها عنه؛ لم يقع طلاقه. وهو قول ابن حزم وابن تيمية وابن قيم الجوزية. قال ابن حزم: «الطّلاق بالصفة عندنا كما هو الطّلاق باليمين كل ذلك لا يلزم وبالله تعالى التوفيق، ولا يكون طلاقاً إلا كما أمر الله تعالى به وعلمه وهو القصد إلى الطّلاق، وأما ما عدا ذلك فباطل وتعد لحدود الله عزّ وجلّ»[1]. يؤخذ من قوله هذا تأكيده وجود القصد إلى الطّلاق لصحته، فإذا لم يرد الرّجل إيقاعه بحصول أمر علقه عليه؛ لم يقع. وعند ابن تيمية أن «الأصل في هذا أن ينظر إلى مراد المتكلم ومقصوده، فإن كان غرضه أن تقع هذه الأمور وقعت منجزة أو معلقة إذا قصد وقوعها عند وقوع الشرط. وإن كان مقصوده أن يحلف بها وهو يكره وقوعها إذا حنث، وإن وقع الشرط فهذا حالف بها لا موقع لها فيكون قوله من باب اليمين لا من باب التطليق والنذر»[2]. وكذلك قال ابن القيم فصرح باعتبار النيات والمقاصد في الألفاظ[3]. وأورد في فصل هل ينفذ الطّلاق المعلّق الذي يقصد به الترهيب؟ قول أشهب من علماء المالكيّة: «إذا قال الرّجل لامرأته: إن كلمت زيداً أو خرجت من بيتي بغير إذني – ونحو ذلك مما يكون من فعلها – فأنت طالق، وكلمت زيداً أو خرجت من بيته بقصد أن يقع عليها الطّلاق لم تطلق»[4]. ثم علق عليه بقوله: «لا ريب أن هذا الذي قاله أشهب أفقه من القول بوقوع الطّلاق، فإن الزّوج إنما قصد حضها ومنعها ولم يقصد تفويض الطّلاق إليها، ولا خطر ذلك بقلبه ولا قصد وقوع الطّلاق عند المخالفة»[5].

---

(١) المحلّى: ج٩/ ٤٧٨ رقم المسألة ١٩٦٦.

(٢) ينظر الفتاوى الكبرى: ج٣/ ٢٣٥.

(٣) ينظر إعلام الموقعين: ج٣/ ٥٣-٥٥.

(٤) إعلام الموقعين: ج٤/ ٧٩، وأورد ابن رشد قول أشهب في كتابه المقدمات الممهدات في كتاب الطّلاق.

(٥) المصدر نفسه: ج٤/ ٧٩.

وبهذا القول أخذت مجموعة من قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة وعدد من الفقهاء المعاصرين. فجاء في المادّة الثّانية من قانون الأحوال الشخصيّة المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أنّه «لا يقع الطّلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير». وجاء في المادّة التسعين من قانون الأحوال الشخصيّة السوري أنّه «لا يقع الطّلاق غير المنجز إذا لم يقصد به إلا الحث على فعل شيء أو المنع منه واستعمل استعمال القسم لتأكيد الخبر لا غير»[١]. وجاء في المادّة الثّالثة والستين من القانون العراقي أنّه «لا يقع الطّلاق غير المنجز أو المشروط أو المستعمل بصيغة اليمين». وجاء في المادّة السبعين من قانون الأحوال الشخصيّة الأردني أنّه «لا يقع الطّلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه»[٢] وهذا الحكم قررته الدّائرة الشرعيّة بدولة الإمارات العربيّة المتحدة[٣]. ظاهر هذه النّصوص أنّه ينظر في المسألة إلى ما يقصده الزّوج من تعليق الطّلاق. فإن كان يقصد به فراق زوجته إذا حصل المعلّق عليه لزمه.

ومن الفقهاء المعاصرين الذين صرحوا بأخذهم بهذا القول الشّيخ محمود شلتوت والشّيخ أبو زهرة والدكتور مصطفى السباعي والشّيخ الدكتور يوسف القرضاوي. فعند الشّيخ محمود شلتوت أن «حكمه – يعني الطّلاق المعلّق على شيء – أنّه إن كان يقصد تخويفها ومنعها من الفعل وهو في نفسه يكره طلاقها ولا يرغب فيه ليس لديه من الأسباب ما يجعله يقصد الطّلاق؛ كان ذلك لغواً من القول لا أثر له في الحياة الزوجيّة. أما إذا كان منطوياً على بغضها، غير راغب في عشرتها واتخذ التعليق مبرراً له في الطّلاق أمام النّاس ؛ فإنّه

---

(١) هذا من المبادئ القانونية التي أقرتها المحاكم السورية، (ينظر المبادئ القانونية: ١٨٠).

(٢) لكن ورد ما يعارض هذه المادّة في قانون الأُسرة الأردني نفسه حيث ورد التّصريح بصحة تعليق الطّلاق على شرط وصحة إضافة الطّلاق إلى الزمن المستقبل في المادتين ٧٥-٧٦.

(٣) جاء في هذا القرار أن «الطّلاق لا يقع إذا كان غرض المتكلم به التخويف أو الحمل على فعل شيء أو تركه وهو يكره حصول الطّلاق، أما إذا كان يقصد حصول الطّلاق عند حصول الشرط المعلّق عليه فيقع الطّلاق عند حدوث هذا الشرط» نشر هذا القرار في المجلة العربيّة للفقه والقضاء: ع٤/ ٨٥.

يقع إذا خالفت الزوجة، ويقع واحدة رجعية لا غير. ولو كان بلفظ الثلاث أو الستين، وإلى هذا ذهب كثير من العلماء من سلف الأمة وخلفها، وبه أخذ قانون المحاكم الشرعيّة المعمول به الآن»[١]. وصرح الشّيخ أبو زهرة بأن حكم «من يقول إن فعلت كذا فأنت طالق وهو لا يقصد الطّلاق بل يقصد منعها من الفعل؛ فإن الطّلاق لا يقع (...) أما إن قصد إيقاع الطّلاق فإن الطلاق يقع»[٢]. وأوضح الدكتور مصطفى السباعي أنّه «لما كان أكثر النّاس يقصدون من مثل تلك العبارة معنى اليمين لا إيقاع الطّلاق ؛ كان الأخذ بذلك التفصيل أرفق بالنّاس وأكثر تطبيقاً لدائرة الطّلاق وبهذا أخذ قانوننا»[٣]. ووصف الشّيخ الدكتور يوسف القرضاوي الحكم بعدم إيقاع الطّلاق المعلّق الذي يراد به الحمل على فعل شيء أو المنع منه بأنّه من «التعديلات الضخمة التي أدخلت على تشريعات الأُسرة التي تسمى بالأحوال الشخصيّة[٤].

تفيد هذه النّصوص مراعاة قصد من يعلق الطّلاق على شرط، فإن كان يقصد طلاق زوجته عند حصول الشرط وقع طلاقه، وإن كان لا يقصده ويريد به نهي زوجته عن فعل شيء مثلاً فلا يقع طلاق بحصوله.

وهذا القول مبني على ما يلي:

١ — إن الله تعالى اعتبر النية في القول فلم يؤاخذ على ما يتلفظ به المرء من قول لا يريده حتّى يكون يقصد أثره، فرفع سبحانه وتعالى «المؤاخذه عن المتكلم بكلمة الكفر مكرهاً لما يقصد معناها ولا نواها[٥]. فكذلك المتكلم بالطّلاق والعتاق والوقف

---

(١) ينظر الفتاوى للشيخ شلتوت: ٣٠٠.

(٢) ينظر تنظيم الإسلام للمجتمع: ٩٧-٩٨.

(٣) ينظر المرأة بين الفقه والقانون: ١٣٧.

(٤) ينظر فتاوى معاصرة للقرضاوي: ج٢/ ١١٨.

(٥) ذلك في قوله سبحانه: «إنما يفتري الكذب الذين لا يؤمنون بآيات الله، وأولئك هم الكاذبون، من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان» (النحل: ١٠٦).

واليمين والنذر مكرهاً لا يلزمه شيء من ذلك لعدم نيته وقصده (...) وكذلك إذا أخطأ من شدة الغضب لم يؤاخذ بذلك. ومن هذا قوله تعالى: ﴿ وَلَوْ يُعَجِّلُ اللهُ لِلنَّاسِ الشَّرَّ اسْتِعْجَالَهُمْ بِالْخَيْرِ لَقُضِيَ إِلَيْهِمْ أَجَلُهُمْ ﴾[(١)][(٢)].

٢ – إن صيغة الطّلاق المعتبرة في الشّرع هي التي ترد منجزة بحيث لا تكون محلاً للاختلاف في حكمها، وإن عبارات الطّلاق الواردة في القرآن – كما قال الشّيخ محمود شلتوت – «لا تصدق لغة إلا على من نجز الطّلاق وأوقعه بالفعل غير معلق له على شيء؛ فقوله تعالى: ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ﴾ وقوله: ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا ﴾ وقوله ﴿ إِذَا طَلَّقْتُمُ ﴾ ؛ كل هذا لا يفهم منه إلا شيء واحد هو إيقاع الطّلاق بالفعل. إمّا من علق الطّلاق على فعل غيره زوجة أو غيرها فإنّه لا يصدق عليه أنّه طلق»[(٣)].

ثانياً: سبب الاختلاف:

يرجع سبب اختلاف الفقهاء في المسألة إلى عدم ورود نص من كتاب أو سنة فيها، فهي مسألة اجتهد فيها الفقهاء رأيهم فمنهم من عد تعليق الطّلاق على شرط يميناً يلزم به الطّلاق عند حصول الشرط المعلّق عليه وهو قول الجمهور، ومنهم من لم ير وقوعه وهو مذهب الشيعة الجعفرية، ومنهم من قال بالنظر إلى قصد من يعلق طلاق امرأته على حصول أمر، وهو قول ابن حزم وابن تيمية وابن القيم.

أما جمهور الفقهاء فإنهم ذهبوا إلى أنها يمين يقع الطّلاق بها إذا حنث المتلفظ بها، وقد ورد التّصريح بهذا عند بعضهم ؛ فجاء في المدوّنة الكبرى: «قلت: أرأيت إن قال الرّجل لامرأته إن دخلت الدّار فأنت طالق أو أكلفت أو شربت أو لبست أو ركبت أو قمت أو

(١) سورة يونس، الآية ١١.

(٢) ينظر إعلام الموقعين: ج٣/ ٤٤.

(٣) الفتاوى للشيخ شلتوت: ٣٠٠.

قعدت فأنت طالق ونحو هذه الأشياء أتكون هذه أيمان كلها؟ قال نعم»[١]. ونسب ابن قدامة إلى القاضي أبي يعلى قوله في بيان الحلف بالطّلاق بأنّه «تعليق على شرط يقصد به الحث على الفعل أو المنع منه كقوله: «إن دخلت الدّار فأنت طالق»، وإن لم تدخلي فأنت طالق»، أو على تصديق خبره مثل قوله: «أنت طالق لقد قدم زيد أو لم يقدم»[٢]. وأما ابن تيمية فإنّه ميز بين ما إذا كان مقصود المعلّق للطلاق على شرط هو توقيعه عند حصول الأمر المعلّق عليه وبين ما إذا لم يكن يقصده، «فإذا كان مقصوده أن يحلف بذلك ليس غرضه وقوع هذه الأمور – كمن ليس غرضه وقوع الطّلاق إذا وقع الشرط – فحكمه حكم الحالف وهو من باب اليمين ؛ وأما إن كان مقصوده وقوع هذه الأمور كمن غرضه وقوع الطّلاق عند وقوع الشرط (...) فهذا يقع به الطّلاق»[٣].

وبناء على هذا كان مذهب الجمهور هو الإلزام بوقوع الطّلاق المعلّق على شرط إذا حنث المتكلم به، وأبطله الشيعه الجعفرية، لأنّها ليست من صيغ اليمين التي بينها رسول الله صلّى الله عليه وسلّم، وتوسط ابن تيمية فاعتمد قصد من يعلق الطّلاق على شرط.

ثالثاً: الترجيح:

يتبين من خلال عرض آراء وأدلّة الفقهاء في المسألة أن القول الرّاجح فيها هو قول ابن تيمية وابن القيم باعتماد قصد من يتلفظ بتعليق الطّلاق على شرط، فإن كان مرادهُ توقيع الطّلاق عند وجود الشرط المعلّق عليه وقع الطّلاق، وإن لم يكن هذا مراده وكان يريد به مجرد تأكيد فعل ما أو منع منه فإن طلاقه لا يقع بحصول الشرط المعلّق عليه وتلزمه كفارة اليمين. ويتأيد ترجيحه بما يلي:

---

(١) المدونة الكبرى: ج ٣/ ٢

(٢) ينظر المغني: ج٨/ ٣٣٤.

(٣) ينظر الفتاوى الكبرى: ج٣/ ٢٣٤-٢٣٥.

١ - إن هذه المسألة اجتهاديّة، لم يرد فيها نص صريح من كتاب أو سنة يدل على وقوع الطّلاق المعلَّق على شرط عند حصول الشرط المعلّق عليه، وحيث إنها كذلك فإن اختيار أيسر الأقوال فيها وأرفقها هو اختيار على وفق هدي رسول الله صلّى الله عليه وسلّم الذي «كان إذا خير بين أمرين إلا أخذ أيسرهما ما لم يكن إثماً»[1]، وإن أيسر أقوال الفقهاء في المسألة هو اعتبار الطّلاق المعلّق على شرط والذي لا يكون المقصود منه إلا الحث على القيام بفعل ما أو الانتهاء عنه أو تصديق خبر أو تكذيبه يميناً مكفرة. وقد كثر اليوم استعمال الأزواج لهذه الصيغة بقصد حسم نقاش مع زوجاتهم في المواضيع التي يختلفون فيها، فيعلق الزّوج طلاق زوجته على عدم التزامها بأمره أو نهيه بقصد أن تخضع له بدل أن يحترم رأيها ويحكم عليه بميزان الشّرع ويراجعها فيه بهدوء. ولو أمضيناه عليهم مع أنهم لا يقصدون توقيع الطّلاق وهو كره لهم لوقعوا في الحرج، والله تعالى يقول: ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾[2].

٢ - يمكن بناءً على حديث النيات[3] تقرير اعتماد قصد من يعلق طلاق زوجته على حصول أمر يمكن تحققه. فإذا كان يقصد به مجرد الحمل على القيام بعمل أو الانتهاء عنه؛ فلا يعتبر طلاقه بحصول الأمر المعلّق عليه. ويعرف التعليق الذي يقصد به وقوع الطّلاق عند وجود المعلّق عليه بأن يعلق طلاقه على أمر غير اختياري، نحو قوله: «إذا أنت ولدت أنثى فأنت طالق»، فظاهر هذه الصيغة أن القصد من استعمالها ليس هو التخويف من حصول الشيء المعلّق عليه الطّلاق، فهي لا تملك تحقيق طلبه أو الانتهاء عنه، ففي هذه الحالة إذا كان المولود أنثى لزم الزّوج الطّلاق.

---

(١) صحيح البخاري: كتاب المناقب رقم الحديث: ٣٥٦٠. وصحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الفضائل رقم الحديث ٢٣٢٧.

(٢) سورة الحج، الآية ٧٨.

(٣) صحيح البخاري: كتاب بدء الوحي: كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم؟ رقم الحديث ١، وصحيح مسلم بلفظ «إنما الأعمال بالنية»، كتاب الإمارة رقم الحديث ١٩٠٧.

٣- إن اليمين كما بين ابن تيمية ثبوتها عند جميع النَّاس العرب وغيرهم هي «ما تضمنت حضاً أو منعاً أو تصديقا أو تكذيباً بالتزام ما يكره الحالف وقوعه عند المخالفة. فالحالف لا يكون حالفاً إلا إذا كره وقوع الجزاء عند الشرط، فإن كان يريد وقوع الجزاء عند الشرط لم يكن حالفا»[١]. وهنا يكون تعليق الطّلاق على شرط حين لا يكون قصد الزّوج منه إنجاز الطّلاق يميناً؛ لأنه يعلقه على أمر يكرهه ولا يفكر في إمضائه، وتكون هذه اليمين داخلة في عموم حديث رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: «يمينك على ما يصدقك عليه صاحبك»[٢]. وإذا ثبتت يميناً كانت يميناً مكفرة تدخل في قوله تعالى: ﴿قَدْ فَرَضَ اللهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾[٣] وقوله سبحانه: ﴿لاَ يُؤَاخِذُكُمُ اللهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلاَثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾[٤].

وهذا الحكم هو المروي عن عطاء بن رباح. روى عبد الرزاق عن ابن جريج عن عطاء قال في رجل يقول لامرأته أنت طالق إن لم أنكح عليك، قال: فإن لم ينكح عليها حتّى يموت أو تموت توارثا. قال: وأحب إليَّ أن يبر يمينه قبل ذلك»[٥].

---

(١) ينظر الفتاوى الكبرى: ج٣/ ٣١١.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الأيمان رقم الحديث: ١٦٥٣. وسنن ابن ماجة: كتاب الكفارات رقم الحديث ٢١٢١.

(٣) سورة التحريم، الآية ٢.

(٤) سورة المائدة، الآية ٨٩.

(٥) مصنف عبد الرزاق: رقم ١١٣١٠.

المبحث الرّابع

حكم الطّلاق الثلاث بلفظ واحد[١]

توطئة:

جعل الله تعالى الطّلاق يقع مرتين يملك الزّوج خلالها أن يراجع زوجته لقوله سبحانه: ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾[٢]. فإذا طلقها الثّالثة بانت منه بينونة كبرى لقوله عزّ وجلّ: ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾[٣]. وهذا من رحمة الله بعباده أن جعل فرقة الزّوجين تقع على ثلاث مراحل ولم يجعلها تقع بائنة للمرة الأولى، غير أن من الأزواج من يجمع الثلاث في كلمة واحدة يخاطب بها زوجته، وقد درس الفقهاء هذه المسألة وتعددت أقوالهم فيها.

أولاً: آراء وأدلة الفقهاء في المسألة:

اختلف الفقهاء في حكم الرّجل يطلق امرأته ثلاثاً بلفظ واحد على ثلاثة أقوال:

أحدها – أن من طلق امرأته ثلاثاً بلفظ واحد يقع طلاقه ثلاثاً، فتحرم عليه حتّى تنكح زوجاً غيره. وقد نسب ابن عبد البر هذا القول إلى جمهور العلماء وفيهم الأئمة الأربعة فذكر أن «من قال بأن الثلاثة في كلمة واحدة تلزم موقعها ولا تحل له امرأته حتّى تنكح زوجاً غيره

---

(١) المراد هنا بالطّلاق الثلاث بلفظ واحد أن يجمع الرّجل ثلاث تطليقات في كلمة واحدة بأن يواجه امرأته بقوله: أنت طالقٌ ثلاثاً أو طلقتك ثلاثاً.

(٢) سورة البقرة، الآية ٢٢٩.

(٣) سورة البقرة، الآية ٢٣٠.

مالك وأبو حنيفة والشافعيّ وأصحابهم (...) وأحمد بن حنبل»[١]. فبالنّسبة للمذهب الحنفيّ قال السرخسي: «إذا طلقها ثلاثاً يقع ثلاثاً عندنا»[٢]. وبالنّسبة للمذهب المالكيّ جاء في المدوّنة الكبرى: «قلت: فإن هو طلقها ثلاثاً (...) أيلزمه ذلك في قول مالك؟ قال: نعم»[٣]. وبالنّسبة للمذهب الشافعيّ قال إمام المذهب: «إذا قال الرّجل لامرأته التي تحيض: أنت طالق ثلاثاً للسنة، وقعن جميعاً معاً في وقت طلاق السّنَة»[٤]. وبالنّسبة للمذهب الحنبليّ ذكر ابن قدامة أن «من طلق ثلاثاً بكلمة واحدة وقع الثلاث وحرمت عليه حتّى تنكح زوجاً غيره، ولا فرق بين قبل الدخول وبعده»[٥]. وحكى هذا القول عن ابن عباس وأبي هريرة وابن عمر وعبد الله بن عمرو وابن مسعود وأنس وهو قول أكثر أهل العلم من التابعين والأئمة من بعدهم[٦].

يظهر من أقوال الأئمة فقهاء الأمصار هذه أنها صريحة في الحكم باحتساب الطّلاق الثلاث في كلمة واحدة ثلاثاً. وبقولهم هذا أفتت هيئة كبار العلماء بالسعوديّة فجاء في قرارها أنّه «بعد دراسة المسألة وتداول الرأي واستعراض الأقوال التي قيلت فيها ومناقشة ما على كل قول من إيراد؛ توصل المجلس بأكثريته[٧] إلى اختيار القول بوقوع الطّلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاثاً»[٨]. كما ذهب إليه من الفقهاء المعاصرين الشّيخ المهدي الوزانيّ فنقل عن الشّيخ

---

(١) ينظر الاستذكار: ج١٧/ ١٩.

(٢) البسوط: ح٦/ ٥٧.

(٣) المدونة الكبرى: ج٢/ ٤١٩.

(٤) الأم: ج٥/ ١٩٤.

(٥) ينظر المغني: ج٨/ ٢٤٣ وأيضاً ٢٠٨.

(٦) ينظر المصدر نفسه: ج٨/ ٢٤٣.

(٧) يدل هذا التقييد بالأكثرية على أن القرار باحتساب الطّلاق ثلاثاً ليس محل إجماع كافة أعضاء المجلس، وقد ورد أسفله ذكر أسماء من رأوا غيره.

(٨) أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربيّة السعوديّة: ج١/ ٤٠٨.

أبي زيد الحائك[1] جوابه في المسألة بأن «لا رخصة في الثلاث في كلمة واحدة»[2]. وحكى الشّيخ أبو الشتاء الصنهاجيّ إجماع العلماء المتأخرين على وقوع الطّلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاثاً، وقال عند قول الموثق: «طلق زوجته (...) ثلاثاً»: «ما ذكره من لزوم الثلاث ولو في كلمة واحدة هو الذي أجمع عليه المتأخرون ولا فرق بين المدخول بها وغيرها، فلا يحل لهذا المطلق أن يردها لعصمته حتّى تنكح زوجاً غيره ويطلقها»[3].

واحتجوا بأدلة من الكتاب والسُّنَّة وبالإجماع والقياس، هي كما يلي:

١ - أدلتهم من الكتاب:

ذكر الإمام الشافعيّ أن «القرآن يدل - والله أعلم - على أن من طلق زوجة له - دخل بها أو لم يدخل بها - ثلاثاً لم تحل له حتّى تنكح زوجاً غيره»[4]. ومنه:

أ - قوله تعالى: ﴿ **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ** ﴾[5] فإن فيه بيان صفة الطّلاق المسنون وأنه يكون مرة بعد مرة، فإذا خالفه أحد بأن أوقعه مرتين دفعة واحدة حسبت عليه طلقتان اثنتان، وكذلك إذا أوقعه ثلاثاً جملة فإنّه يقع به ثلاثاً. قال أبو بكر الجصاص: قوله تعالى: ﴿ **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ** ﴾؛ يدل على وقوع الثلاث معاً مع كونه منهياً عنه، ذلك لأن قوله تعالى: ﴿ **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ** ﴾ قد أبان عن حكمه إذا وقع اثنين بأن يقول: أنت طالق أنت طالق،

---

(١) هو أبو زيد عبد الرحمن الحائك التطاوي من الفقهاء المالكيّة، كان حيا سنة ١٢٢٠هـ ترجمته في شجرة النور الزكية: ٣٧٥ رقم ١٥٠١.

(٢) ينظر النوازل الصغرى: ج٢/ ٣٢٧.

(٣) ينظر التدريب على تحرير الوثائق العدلية: ٧٥.

(٤) الأم: ج٥/ ١٩٦.

(٥) سورة البقرة، الآية ٢٢٩.

في طهر واحد. وقد بينا أن ذلك خلاف السُّنَّة[1]. فإذا كان في مضمون الآية الحكم بجواز وقوع الاثنين على هذا الوجه؛ دل ذلك على صحة وقوعها لو أوقعها لأن أحداً لم يفرق بينهما»[2]. وأوضح العيني[3] «وجه الاستدلال به وهو أن قوله تعالى: ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ﴾؛ معناه مرة بعد مرة. فإذا جاز الجمع بين الاثنين؛ جاز الجمع بين الثلاث، وأحسن منه أن يقال: إن قوله تعالى ﴿ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾، عام متناول لإيقاع الثلاث دفعة واحدة»[4]. وهذه الآية ساقها الإمام البخاري في باب من أجاز الطّلاق الثلاث بقوله تعالى: ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾[5]. وهو ما أخذ منه القرطبي في تفسيره أنّه «إشارة منه إلى أن هذا التحديد إنما هو فسحة لهم، فمن ضيق على نفسه لزمه»[6]. وأورد الماوردي نظيراً للمرتين اللتين يقع عليهما الطّلاق قوله تعالى: ﴿ نُّؤْتِهَا أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ ﴾[7]، وذكر أنّه يعني: «أجريت في وقت واحد لا في وقتين»[8].

ب - قوله تعالى: ﴿ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴾[9] احتجوا به لبيان أن من لم يلتزم شرع الله في الطّلاق بأن طلق زوجته ثلاثاً

---

(١) بينه في باب الطّلاق من تفسيره أحكام القرآن: ج١/ ٣٧٩.

(٢) المصدر نفسه: ج ٣٨٦.

(٣) هو أبو محمّد محمود بن أحمد بن موسى الحلبي المعروف بالبدر العيني صاحب كتاب عمدة الغزي شرح صحيح البخاري توفى سنة ٨٥٥هـ. ترجمته في شذرات الذهب: ج ٧/ ٢٨٦.

(٤) عمدة القاري: ج٩/ ٥٨٣.

(٥) صحيح البخاري: كتاب الطّلاق باب من أجاز طلاق الثلاث لقول الله تعالى: ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾.

(٦) الجامع لأحكام القرآن: ج٣/ ٨٥.

(٧) سورة الأحزاب، الآية ٣١.

(٨) ينظر الحاوي الكبير: ج١٠/ ١٢١.

(٩) سورة الطلاق، الآية ١.

بلفظ واحد يكون متعدياً حدود الله ظالماً لنفسه بفراق زوجته، قال النووي: «احتج الجمهور بقوله تعالى: ﴿ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴾ قالوا: معناه إنَّ المطلِّق قد يحدث له ندم فلا يمكنه تداركه لوقوع البينونة. فلو كانت الثلاث لا تقع لم يقع طلاقه إلا رجعياً فلا يندم»[١].

٢ ـ أدلتهم من السُّنَّة:

احتجوا من السُّنَّة بمجموعة أحاديث هي:

أ - ما ثبت في قصة لعان عويمر[٢] زوجته وفيها، قال سهل بن سعد الساعدي: «فتلاعنّا وأنا مع النَّاس عند رسول الله صلّى الله عليه وسلّم، فلما فرغا من تلاعنهما قال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها، فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله صلّى الله عليه وسلّم»[٣]. أخذوا منه جواز جمع الطّلاق الثلاث بلفظ واحد؛ لأن رسول الله لم ينكر على عويمر جمعه الثلاث في كلمة واحدة: قال النووي: «استدل به أصحابنا على أن جمع الطلقات الثلاث بلفظ واحد ليس حراماً. وموضع الدّلالة منه أنّه لم ينكر عليه إطلاق لفظ الثلاث. وقد يعترض على هذا فيقال: إنما لم ينكره عليه لأنه لم يصادف الطّلاق محلا مملوكاً له ولا نفوذاً. ويجاب عن هذا الاعتراض بأنّه لو كان الثلاث محرماً لأنكر عليه وقال له: كيف ترسل لفظ الطّلاق الثلاث مع أنّه حرام؟ والله أعلم»[٤]. وكذلك قال ابن حجر[٥].

---

(١) شرح النووي على صحيح مسلم: شرح الحديث رقم ١٤٩٢.

(٢) هو عويمر بن أبيض العجلاني الأنصاري صاحب اللعان، ترجمته في أسد الغابة: ج٤/ ١٧ رقم ٤١٣٣.

(٣) صحيح البخاري: كتاب الطّلاق باب اللعان ومن طلق بعد باللعان رقم الحديث ٥٣٠٨، وصحيح مسلم بشرح النووي: كتاب اللعان رقم الحديث ١٤٩٢.

(٤) صحيح مسلم بشرح النووي عند شرح الحديث رقم ١٤٩٢م٢.

(٥) ينظر فتح الباري: ج١٠/ ٤٦١ عند شرح الحديث رقم ٥٢٩٢.

ب- ما ثبت عن عروة بن الزُّبير أن عائشة رضي الله عنها أخبرته أن امرأة رفاعة القرظي جاءت إلى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم فقالت: يا رسول الله! إن رفاعة طلقني فبت طلاقي، وإني نكحت بعده عبد الرحمن بن الزُّبير القرظي وإن ما معه مثل الهدبة[١]. قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا حتّى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته»[٢]. هذا الحديث أورده الإمام البخاري من حجج القائلين بلزوم الطّلاق الثلاث بلفظ واحد. وأوضح الحافظ ابن حجر أن «شاهد الترجمة منه قولها: فبت طلاقي»[٣]. يعني أنها بانت منه بينونة كبرى.

جـ- حديث عائشة رضي الله عنها أن رجلاً طلق امرأته ثلاثاً فتزوجت فطلّق فسئل النبي صلّى الله عليه وسلّم أتحل للأول؟ قال: لا حتى يذوق عسيلتها كما ذاق الأوّل»[٤]. أخرجه البخاري في باب منْ أجاز طلاق الثلاث، وشاهد هذه الترجمة هو قول عائشة رضي الله عنها: «طلق امرأته ثلاثاً» فنص ابن حجر على «التمسك بظاهر قوله «طلقها ثلاثاً» فإنّه ظاهر في كونها مجموعة»[٥]. وكذلك قال العيني[٦].

د- ما ورد في قصة فاطمة بنت قيس بألفاظ مختلفة:

أحدها – أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب[٧]. والثاني: – أن أبا حفص

---

(١) قال ابن منظور في لسان العرب باب الباء فصل الهاء: «هدب الثوب خمله (...) وفي حديث امرأة رفاعة أن ما معه مثل هدبة الثوب: أرادت متاعه، وأنه رخو مثل طرف الثوب لا يغني عنها شيئا».

(٢) صحيح البخاري: كتاب الطّلاق باب من أجاز الطّلاق الثلاث لقوله تعالى: «الطّلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان» رقم الحديث ٥٢٦٠، وصحيح مسلم بشرح النووي كتاب الطّلاق، رقم الحديث ١٤٣٣.

(٣) فتح الباري: ج١٠/ ٤٦١ عند شرح الحديث رقم ٥٢٦٠.

(٤) صحيح البخاري: كتاب الطّلاق، رقم الحديث ٥٢٦١.

(٥) فتح الباري: ج١٠/ ٤٦١ شرح الحديث رقم ٥٢٦٠.

(٦) عمدة القاري: ج٩/ ٥٤١.

(٧) صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الطّلاق، رقم الحديث ١٤٨٠. وسنن أبي داوود: كتاب الطّلاق، رقم الحديث ٢٢٨٤.

ابن المغيرة المخزومي طلقها ثلاثاً[(١)]. والثالث: - أن أبا حفص بن المغيرة طلقها آخر ثلاث تطليقات[(٢)]. والرابع أن أبا عمرو بن حفص أرسل إلى امرأته فاطمة بنت قيس بتطليقة كانت بقيت من طلاقها[(٣)]. واللفظ الخامس فيه أنها خاصمت أخا زوجها إلى النبي صلّى الله عليه وسلّم لما أخرجها من الدّار ومنعها النّفقة، فقال: مالك ولابنة قيس؟ قال: يا رسول الله إن أخي طلقها ثلاثاً جميعاً وذكر الحديث»[(٤)].

فهذا الحديث ورد بألفاظ مختلفة منها أنّه طلقها البتة، وأنه طلقها ثلاثاً، وهو ما أخذ منه الجمهور جواز جمع الطّلاق الثلاث بلفظ واحد، فذكر الشافعيّ أن ما «حكت فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها البتة يعني - والله أعلم - ثلاثاً، فلم يبلغنا أن النبي صلّى الله عليه وسلّم نهى عن ذلك»[(٥)]. وجزم ابن عبد البر بأن «قول فاطمة في هذا الحديث أن زوجها طلقها البتة فيه جواز طلاق البتة لأنه لم ينكره رسول الله صلّى الله عليه وسلّم»[(٦)].

هـ- ما ورد في حديث ركانة[(٧)] أنّه طلق زوجته ثلاثاً، وفي رواية البتة فاستحلفه رسول الله صلّى الله عليه وسلّم فقال: «والله ما أردت إلا واحدة»، فقال صلّى الله عليه وسلّم: «والله ما أردت إلا واحدة!؟ فقال ركانة: والله ما أردت إلا واحدة، فردها إليه

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الطلاق، رقم الحديث ١٤٨٠ و١٤٨٠م١٥، وسنن أبي داود: كتاب الطّلاق رقم الحديث ٢٢٨٥.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الطّلاق، رقم الحديث ١٤٨٠م٥. وسنن أبي داوود: كتاب الطّلاق رقم الحديث ٢٢٨٩.

(٣) المصدر نفسه، رقم الحديث ١٤٨٠م٧، وسنن أبي داود: كتاب الطّلاق رقم الحديث ٢٢٩٠.

(٤) مسند الإمام أحمد: رقم الحديث ٢٦٥٦٠.

(٥) ينظر الأم: ج٥/ ١٩٣.

(٦) ينظر الاستذكار: ج١٨/ ٦٧.

(٧) هو ركانة بن عبد يزيد بن هاشم ذكر ابن الأثير أنّه «من مسلمة الفتح وهو الذي طلق امرأته شهبة بنت عويمر بالمدينة، توفي في خلافة عثمان» ينظر أسد الغابة: ج٢/ ٨٤ رقم ١٧٠٨.

رسول الله صلّى الله عليه وسلّم[١]. ورد فيه ذكر طلاق البتة وفسروه بأنّه وقع ثلاثاً بلفظ واحد لاستحلاف رسول الله صلّى الله عليه وسلّم ركانة. وأخذ منه الجصاص أنّه «لو لم تقع الثلاث إذا أرادها؛ لما استحلفه بالله ما أردت إلا واحدة»[٢].

٣ ـ الإجماع:

وممن حكى عنه القول بالإجماع على أن الطّلاق الثلاث بلفظ واحد يقع ثلاثاً أبو بكر الجصاص وأبو بكر ابن العربيّ والباجي وابن رجب الحنبليّ، فأما أبو بكر الجصاص فنص على أن: «الكتاب والسُّنَّة وإجماع السلف يوجب إيقاع الثلاث معاً وإن كان معصية»[٣]. وأما أبو بكر ابن العربيّ فأورد في أجوبته عن الاحتجاج بحديث ابن عباس خمسة ردود وذكر منها أنّه «حديث مختلف في صحته فكيف يقدم على إجماع الأمة؟»[٤]. وأما الباجي فصرح بأن الدليل على أن من أوقع الطّلاق الثلاث بلفظة واحدة لزمه تحريم زوجته عليه؛ هو «إجماع الصحابة؛ لأن هذا مروي عن ابن عمر وعمران بن حصين وعبد الله بن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعائشة رضي الله تعالى عنهم (...) ولا مخالف لهم»[٥]. وعند ابن رجب الحنبليّ أنّه «لم يثبت عن أحد من الصحابة ولا من التابعين ولا من أئمة السلف المعتمد بقولهم في الفتاوى في الحلال والحرام شيء صريح في أن الطّلاق الثلاث بعد الدخول يحسب واحدة إذا سيق بلفظ واحد»[٦].

---

(١) سنن أبي داود. كتاب الطّلاق باب في البتة ج٢/ ٢٦٣ رقم الحديث ٢٢٠٨. وسنن الترمذي: كتاب الطّلاق واللعان رقم الحديث ١١٧٧. سنن ابن ماجة: كتاب الطّلاق، رقم الحديث ٢٠٥١.

(٢) ينظر أحكام القرآن للجصاص: ج١/ ٣٨٩ باب ذكر الحجاج لإيقاع الطّلاق الثلاث معاً.

(٣) المصدر نفسه: ج١/ ٣٨٨.

(٤) ينظر الناسخ والمنسوخ لأبي بكر ابن العربيّ: ج٢/ ٨٩.

(٥) ينظر المنتقي: ج٤/ ٣.

(٦) مشكل الأحاديث الواردة في الطّلاق الثلاث واحدة: نقلاً عن سير الحاث إلى علم الطّلاق الثلاث: ٧٠.

٤ ـ القياس:

- وممن صرح بالاحتجاج بالقياس في هذه المسألة ابن قدامة الحنبلي؛ فإنّه قاس النّكاح على سائر الأملاك فذكر أنّه «ملك يصح إزالته متفرقاً فصح مجتمعاً كسائر الأملاك»[١].

والقول الثّاني: إن الطّلاق الثلاث بلفظ واحد يقع طلقة واحدة، وهو اختيار ابن تيمية وابن القيم[٢]. وذكر ابن تيمية أنّه قول «طائفة من السلف والخلف من أصحاب رسول الله صلّى الله عليه وسلّم مثل الزُّبير بن العوَّام وعبد الرحمن بن عوف ويروى عن علي وابن مسعود وابن عباس القولان، وهو قول كثير من التابعين ومن بعدهم مثل طاوس وخلاس ابن عمرو ومحمّد بن إسحاق، وهو قول داود وأكثر أصحابه، ويروى ذلك عن أبي جعفر محمّد بن علي بن الحسين وابنه جعفر بن محمد، ولهذا ذهب إلى ذلك من ذهب من الشيعة وهو قول بعض أصحاب أبي حنيفة ومالك وأحمد بن حنبل»[٣].

فإذا ثبتت نسبة هذا القول إلى هؤلاء الأعلام من الصحابة والتابعين والفقهاء؛ لم يبق معنى لرده بأنّه قول للمبتدعة كما قاله القاضي أبو محمد[٤] في إشرافه[٥]. أو أنّه قول ليس من أقوال أهل العلم والفقه كما قاله ابن عبد البر[٦]، أو أن أصحابه تأثروا بحملات الأجانب ومقلديهم كما قاله بعض الدارسين[٧] ؛ وقد اختارت العمل به جل قوانين الأحوال الشخصيّة

---

(١) ينظر المغني: ج٨/ ٢٤٣.

(٢) ينظر زاد المعاد: ج٥/ ٢١٨.

(٣) ينظر الفتاوى الكبرى: ج٣/ ٢٧٨.

(٤) هو القاضي أبو محمّد عبد الوهاب بن على بن نصر البغدادي، قاض من فقهاء المالكيّة توفي سنة ٤٢٢ هـ ترجمته في شذرات الذهب: ج٣/ ٢٢٣ وفوات الوفيات: ج٢/ ٢١.

(٥) يعني كتابه الإشراف على مسائل الخلاف: ج٢/ ١٢٣.

(٦) ينظر الاستذكار: ج ١٧/ ١٩.

(٧) منهم بدران أبو العينين بدران في كتابه: (الفقه المقارن للأحوال الشخصيّة:٣٥٣-٣٥٤)، والدكتور نور الدّين عتر في كتابه: (أبغض الحلال: ١٤٢-١٤٣) واللفظ الذي في المتن له.

الغربيّة. فنص قانون الأحوال الشخصيّة المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ في المادّة الثّالثة أن «الطّلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة»[١]، وعليه نص قانون الأحوال الشخصيّة السوري في المادّة الثّانية والتسعين وقرره القضاء هناك[٢]، وكذا مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة في الفصل الواحد والخمسين وأيضاً قانون الزَّواج والطّلاق الليبي رقم ١٠ لسنة ١٩٨٤ في الفقرة (هـ) من المادّة الثّالثة والثلاثين.

كما أخذ به أغلب الفقهاء المعاصرين منهم الشّيخ محمّد عبده فإنّه حكى مذهب القائلين بوقوعه طلقة واحدة ورجحه بقوله: «ذهب إلى الأوّل الجمهور، وذهب إلى الثّاني من عداهم وهو الحق»[٣]. وقال الشّيخ محمود شلتوت: «لا نحكم بوقوع الثلاث دفعة واحدة إذا قال أنت طالق ثلاثاً»[٤]. ووصفه بأنّه «طلاق غير مشروع»[٥]. وقال الدكتور مصطفى السباعي: «إن قانوننا[٦] أحسن صنعاً بالأخذ بهذا الرأي[٧]. كما أخذ بذلك من قبل قانون مصر، وخلصنا من مشكلة التحليل والمحلل وما يلابسها من مخاز ومخجلات»[٨]. وذكر الشّيخ أبو زهرة أن «الطّلاق المقترن بالعدد لفظاً أو إشارة ينبغي بمقتضى نص الآية[٩]، أن لا يقع إلا واحدة لأنه دفعة واحدة»[١٠]. وعد الأستاذ علال الفاسيّ الحكم بإمضاء الثلاث دفعة واحدة

---

(١) يلاحظ أن هذه المادّة المعدلة لم تتضمن صيغة الطّلاق الثلاث كتابة كما كانت في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

(٢) قرر القضاء السوري في قرار رقم م.ع-١٣٢ في ١١-٤-١٩٥٧ أن «المشرع لم يشرع إيقاع الطّلاق دفعة واحدة، وإنّما على دفعات تتخلل تجربة الزوجيّة حياة الطّلاق، وعليه فإن لفظ الطّلاق المتكرر في المجلس قبل المرور بدور التجربة لحياة الطّلاق هو طلاق واحد غير متعدد». (ينظر المبادئ القانونية:١٧٨).

(٣) الأعمال الكاملة للشيخ محمّد عبده: ج٢/ ١٢١.

(٤) الفتاوى للشيخ شلتوت: ٣١٠ ونحوه في كتابة «الإسلام عقيدة وشريعة»: ١٨١.

(٥) ينظر الفتاوى للشيخ شلتوت: ٣١٠

(٦) يعني قانون الأحوال الشخصيّة السوري.

(٧) يعني احتساب الطّلاق الثلاث بلفظ واحد طلقة واحدة.

(٨) المرأة بين الفقه والقانون: ١٣٦.

(٩) يعني قوله تعالى: «الطّلاق مرتان» (البقرة: ٢٢٧).

(١٠) ينظر الأحوال الشخصيّة: ٣٣٤.

من المسائل التي ينبغي إعادة النّظر فيها والحكم فيها باحتسابها طلقة واحدة فقط لأنه «أوسط الأقوال وأقربها للواقع في زمنه صلّى الله عليه وسلّم»[١]. وبه أفتى الشّيخ عبد الله بن زيد آل محمود فقال: «إنني في محل قضائي وحكمي أحكم لخاصة أهل البلد متى طلق أحدهم امرأته ثلاثاً جميعاً بلفظ واحد أو بألفاظ متعددة فيطهر واحد؛ فإنني أجعل هذا الطّلاق طلقة واحدة إن لم يسبقه طلاق غيره»[٢]. ووصف الشّيخ الدكتور القرضاوي احتساب قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة الطّلاق الثلاث طلقة واحدة بأنّه من «التعديلات الضخمة التي أدخلت على تشريعات الأسرة»[٣].

وذكر ابن القيم أن أصحاب هذا القول احتجوا بالنص والقياس[٤].

١- أما ما احتجوا به من النص، فما رواه الإمام مسلم من طريق عبد الرازق أخبرنا معمر عن ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس قال: «كان الطّلاق على عهد رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر رضي الله عنه: إن النّاس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم، فأمضاه عليهم»[٥]. وقد رواه من طريق أخرى عن طاوس أن أبا الصهباء قال لابن عباس: «هات من هناتك، ألم يكن الطّلاق الثلاث على عهد رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وأبي بكر واحدة؟ فقال: قد كان ذلك، فلما كان في عهد عمر تتايع النّاس في الطّلاق فأجازه عليهم»[٦]. ففيه النّص على أن الطّلاق الثلاث الذي يرد مجموعاً في كلمة واحدة كان يعد في عهد رسول الله صلّى الله عليه وسلّم طلقة واحدة.

---

(١) ينظر التقريب شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة: ٢٥٢.

(٢) مجموعة رسائل الشّيخ عبد الله بن زيد: ٢٨٨.

(٣) ينظر فتاوى معاصرة للقرضاوي: ج٢/ ١١٨.

(٤) ينظر زاد المعاد: ج٥/ ٢٤٨.

(٥) صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الطّلاق رقم الحديث ١٤٧٢.

(٦) المصدر نفسه رقم الحديث: ١٤٧٢م٢.

٢- وأما احتجاجهم بالقياس فإن ابن القيم قاس لفظ الطّلاق الثلاث في كلمة واحدة على لفظ الشهادة في اللعان أربع مرات فأوضح أنّه كما لا ترد الشهادة أربع مرات مجموعة في لفظ واحد؛ فكذلك لا يرد الطّلاق الثلاث بلفظ واحد. «فإن الله سبحانه وتعالى قال: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ﴾[١]. ثم قال: ﴿وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ﴾[٢]. فلو قال: اشهد بالله أربع شهادات إني صادق، وقالت: أشهد بالله أربع شهادات أنّه كاذب؛ كانت شهادة واحدة ولم تكن أربعاً. فكيف يكون قوله: أنت طالق ثلاثاً ثلاث تطليقات؟ وأي قياس أصح من هذا؟ وهكذا كل ما يعتبر فيه العدد من الإقرار ونحوه. ولهذا لو قال المقر بالزنى: إني أقر بالزنى أربع مرات؛ كان ذلك مرة واحدة، وقد قاله الصحابي لماعز[٣]: إن أقررت أربعاً رجمك رسول الله صلّى الله عليه وسلّم[٤]. فلو قال: أقر به أربع مرات كان مرة واحدة، فهكذا الطّلاق سواء»[٥].

والقول الثّالث: إن الطّلاق الثلاث بلفظ واحد يقع بالنّسبة للمدخول بها ثلاثاً وبالنّسبة لغير المدخول بها طلقة واحدة. وقد نسبه ابن القيم في زاد المعاد[٦] إلى جماعة من أصحاب ابن عباس وذكر أنّه مذهب إسحاق بن راهوية[٧]. وينبني هذا القول على ما ورد عند أبي داود أن

(١) سورة النور، الآية ٨.

(٢) المصدر نفسه، الآية ٨.

(٣) ماعز بن مالك الأسلمي، صحابي أتى النبي صلّى الله عليه وسلّم فاعترف بالزنى فرجمه. ترجمته في أسد الغابة: ج٤/ ٢٣٢، رقم ٤٥٥٠.

(٤) الحديث أخرجه أبو داود في كتاب الحدود رقمه ٤٤٦٢. والترمذي في كتاب الحدود رقمه ٢٥٦١.

(٥) ينظر إغاثة اللهفان: ج١/ ٢٨٩.

(٦) ينظر زاد المعاد: ج٥/ ٢٤٨.

(٧) هو أبو إسحاق بن إبراهيم بن راهوية المروزي، قال ابن حجر: «ثقة حافظ، قرين أحمد بن حنبل». ترجمته في تقريب التهذيب ج١/ ٥٤ رقم ٣٧٤.

رجلاً يقال له أبو الصهباء وكان كثير السّؤال لابن عباس قال: «أما علمت أن الرّجل كان إذا طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة؟»[١].

والقول الرّابع: إن الطّلاق الثلاث بلفظ واحد لا يقع مطلقاً لأنه بدعة ترد بموجب قوله صلّى الله عليه وسلّم: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد»[٢]. وهذا مذهب ابن إسحاق ومقاتل[٣].

ثانياً: مناقشة الأدلة:

١- مناقشة أدلة الفريق الأوّل:

أما احتجاج الفريق الأوّل الذين يقولون بوقوع الطّلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاثاً من الكتاب بقوله تعالى: ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ﴾ على أنّه يقتضي في وقت واحد لا في وقتين[٤]. فقد رده ابن القيم من جهة أنّه «لا تعقل العرب في لغتها وقوعَ المرتين إلا متعاقبتين كما قال النبي صلّى الله عليه وسلّم: من سبَّح الله دبر كل صلاة ثلاثاً وثلاثين وحمده ثلاثاً وثلاثين وكبره أربعاً وثلاثين[٥]، ونظائره. فإنّه لا يعقل من ذلك إلا تسبيح وتكبير وتحميد متوال يتلو بعضه بعضاً. فلو قال: سبحان الله ثلاثاً وثلاثين والحمد لله ثلاثاً وثلاثين والله أكبر أربعاً وثلاثين بهذا اللفظ؛ لكان ثلاث مرات فقط. (...) وأصرح من ذلك قوله تعالى: ﴿ سَنُعَذِّبُهُم مَّرَّتَيْنِ ﴾[٦] فهذا مرة بعد مرة»[٧]. ويؤيد رد ابن القيم هنا تفسير مجاهد لقوله تعالى:

(١) سنن أبي داود: كتاب الطّلاق رقم الحديث ٢١٩٩.
(٢) صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الأقضية، رقم الحديث ١٧١٨.
(٣) ينظر المفهم لأبي العباس القرطبي: ج٤/ ٢٣٨.
(٤) هذا ما أخذه الماوردي منه (ينظر: الحاوي الكبير ج١٠/ ١٢١).
(٥) صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب المساجد ومواضع الصلاة: رقم الحديث ٥٩٧. ومسند الإمام أحمد: رقم الحديث ٨٦١٦.
(٦) سورة التوبة، الآية ١٠١.
(٧) ينظر زاد المعاد: ج٥/ ٢٤٤.

﴿ سَنُعَذِّبُهُم مَّرَّتَيْنِ ﴾[١] بأنّه القتل والسبي. وفي رواية عنه بالجوع وعذاب القبر[٢]. أي أن عذابهم مختلف والله أعلم. وأما المعنى الذي ذهب إليه القرطبي في جامعه بتأويل إيراد الإمام البخاري هذه الآية في باب من أجاز الطّلاق الثلاث بأنّه يشير به إلى إلزام من جمع الطّلاق الثلاث في لفظ واحد؛ فقد تعقبه ابن حجر بأن «وجه اللزوم غير ظاهر»[٣].

وكذا ما ذكره الماوردي نظيراً لقوله تعالى: ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ﴾، وقوله سبحانه ﴿ نُّؤْتِهَا أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ ﴾[٤]؛ فإن المرتين هنا هما الضعفان والمثيلان وهما مثلان في القدر لقوله تعالى: ﴿ يُضَاعَفْ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ ﴾[٥] وقوله تعالى: ﴿ فَآتَتْ أُكُلَهَا ضِعْفَيْنِ ﴾[٦]، أي ضعفي ما يعذب به غيرها وضعفي ما كانت تؤتى[٧].

وأما احتجاجهم بما ورد في قصة لعان عويمر أنّه طلق امرأته ثلاثاً وأن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم لم ينكر عليه مقالته؛ فيرد عليه أن جمهور الفقهاء أنفسهم ذهبوا إلى أن «الفرقة تقع باللعان»[٨]، ولا تتوقف على طلاقه. قال ابن قدامة: «وأما حديث المتلاعنين فغير لازم؛ لأن الفرقة لم تقع بالطّلاق، فإنّها وقعت بمجرد لعانهما. وعند الشافعيّ بمجرد لعان الزّوج فلا حجة فيه»[٩].

---

(١) سورة التوبة، الآية ١٠١.

(٢) ينظر تفسير ابن كثير للآية.

(٣) فتح الباري: ج١٠/ ٤٦٠ شرح الحديث رقم ٥٢٦١.

(٤) سورة الأحزاب، الآية ٣١.

(٥) سورة الأحزاب، الآية ٣٠.

(٦) سورة البقرة، الآية ٢٦٤.

(٧) ينظر زاد المعاد: ج٥/ ٢٤٥.

(٨) ينظر بداية المجتهد: ج٢/ ١٢١.

(٩) المغني: ج٨/ ٢٤٢.

ثم أنّه ورد في حديث ابن عمر أن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم هو الذي فرق بين المتلاعنين بعد تلاعنهما[1]. ولم ينتظر من الملاعن أن يطلق امرأته التي لاعنها. وعليه، يكون تلفظ الملاعن بالطّلاق بعد لعانه كلاماً زائداً. وهذا قول ابن تيمية: «وأما الملاعن فإن طلاقه وقع بعد البينونة أو بعد وجوب الإبانة التي تحرم المرأة أعظم مما يحرم بالطلقة الثّالثة، فكان مؤكداً لوجوب اللعان. والنزاع إنما هو طلاق من يمكنه إمساكها لاسيما والنبي صلّى الله عليه وسلّم فرق بينهما. فإن كان ذلك قبل الثلاث لم يقع بها الثلاث ولا غيرها، وإن كان بعدها دل على بقاء النّكاح. والمعروف أنّه فرق بينهما بعد أن طلقها ثلاثاً فدل على أن الثلاث لم يقع بها، إذ لو وقعت لكانت قد حرمت عليه حتّى تنكح زوجاً غيره وامتنع حينئذ أن يفرق النبي صلّى الله عليه وسلّم بينهما لأنهما صارا أجنبيين. ولكن غاية ما يمكن أن يقال: حرم عليه تحريماً مؤبداً»[2].

ولا يكون حجة لما قالوا سكوت رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وعدم إنكاره على عويمر تطليق زوجته ثلاثاً؛ إذ لا يدل ذلك على صواب عويمر في قوله. لأنه يمكن أن يكون عليه الصّلاة والسّلام أعرض عن لغوه[3]. وقد علم صلّى الله عليه وسلّم أنّه قالها غاضباً على زوجته، قال ابن حجر: «يستفاد منه قوله في حديث سهيل: فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله صلّى الله عليه وسلّم بفراقها؛ أن الرّجل طلقها قبل أن يعلم أن الفرقة تقع بنفس اللعان فبادر إلى تطليقها لشدة نفرته منها»[4]. وبهذا ينتفي أن يكون حديث عويمر حجة في لزوم الثلاث.

---

(١) ينظر صحيح البخاري: كتاب الطّلاق باب إحلاف الملاعن رقم الحديث ٥٣٠٦ وكتاب الطّلاق باب التفريق بين المتلاعنين رقم الحديث ٥٣١٣.

(٢) الفتاوى الكبرى: ج٣/ ٢٤٨٢٤٩.

(٣) السكوت عن اللغو مما وصف الله به عباده في قوله تعالى: ﴿ وَإِذَا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِرَاماً ﴾ (الفرقان: ٧٢).

(٤) فتح الباري: ج١٠/ ٥٧٦ شرح الحديث رقم ٥٣١٢.

وأما احتجاجهم بحديث عروة بن الزُّبير في طلاق امرأة رفاعة القرظي وقولها: «بت طلاقي»؛ فليس فيه ما يدل على أنّه طلقها ثلاثاً بلفظ واحد، وهو إن كان معنى محتملاً لهذا اللفظ؛ فإنّه يحتمل معنى آخر أيضاً. وما احتمل واحتمل سقط به الاستدلال. قال ابن دقيق العيد: «تطليقه إياها بالبتات من حيث اللفظ يحتمل أن يكون بإرسال الطلقات الثلاث ويحتمل أن يكون بإيقاع آخر طلقة، ويحتمل أن يكون بإحدى الكنايات التي تحمل على البينونة عند جماعة من الفقهاء. وليس في الحديث عموم ولا إشعار بأحد هذه المعاني وإنّما يؤخذ ذلك من أحاديث أخر تبين المراد، ومن احتجّ على شيء من هذه الاحتمالات بالحديث فلم يصب؛ لأنه إنما دل على مطلق البت والدال على مطلق لا يدل على واحد قيد به بعينه»[١]. وكذلك ذكر ابن حجر أن هذا اللفظ محتمل لعدّة معان، ورجح أن يكون معنى قولها «فبت طلاقي» أن يكون أكمل بطلاقه ما يملكه من عدد التطليقات، فقال في شرح قولها «فبت طلاقي»: «إنه ظاهر في أنّه قال لها: أنت طالق البتة. ويحتمل أن يكون المراد أنّه طلقها طلاقاً حصل به قطع عصمتها منه وهو أعم من أن يكون طلقها ثلاثاً مجموعة أو متفرقة. ويؤيد الثّاني أنّه سيأتي في كتاب الأدب[٢] من آخر أنها قالت: «طلقني آخر ثلاث تطليقات»[٣]. فيظهر من هذا كله أن احتجاج جمهور الفقهاء بهذا الحديث في المسألة ليس قوياً في الدّلالة على قولهم.

وأما احتجاجهم بحديث عائشة رضي الله عنها أن رجلاً طلق امرأته ثلاثاً، وما ظهر لابن حجر منه أنها كانت مجموعة فليس فيه أنّه طلقها ثلاثاً بلفظ واحد؛ بل إن قول الصحابي: «طلق ثلاثاً»؛ يتناول ما إذا طلق ثلاثاً متفرقات بأن يطلقها ثم يراجعها ثم يطلقها

---

(١) إحكام الأحكام: ج٤/ ٣٩٤٠.

(٢) صحيح البخاري: كتاب الأدب باب التبسم والضحك وهو عن عائشة رضي الله عنها أن رفاعة القرظي طلق امرأته فبت طلاقها فتزوجها بعده عبد الرحمن بن الزُّبير فجاءت النبي صلّى الله عليه وسلّم فقالت: يا رسول الله إنها كانت عند رفاعة فطلقها ثلاث تطليقات..... الحديث.

(٣) ينظر فتح الباري: ج١٠/ ٤٦١ عند شرح الحديث رقم ٥٢٦٠.

ثم يراجعها ثم يطلقها، وهذا طلاق سني واقع باتفاق الأئمة وهو المشهور على عهد رسول الله صلّى الله عليه وسلّم في معنى الطّلاق ثلاثاً. وأما جمع الثلاث بكلمة فهذا كان منكراً عندهم إنما يقع قليلاً فلا يجوز حمل اللفظ المطلق على القليل المنكر دون الكثير الحق. ولا يجوز أن يقال: يطلق مجتمعات لا هذا ولا هذا، بل هذا قول بلا دليل بل هو خلاف الدليل»[1]. وأيضاً فإنّه من حيث الاستعمال «لا يقال (فعل ذلك ثلاثاً) إلا لمن فعل وقال مرة بعد مرة. وهذا هو المعقول من لغات الأمم عربهم وعجمهم كما يقال (قذفه ثلاثاً) وسلم عليه ثلاثاً»[2].

وأما احتجاجهم بحديث فاطمة بنت قيس بألفاظه المختلفة؛ فإنّه لا يختلف عن احتجاجهم بحديث امرأة رفاعة القرظي، كلاهما ليس فيهما أن طلاقهما كان مجموعاً. وذكر ابن حجر في سبب ورود حديثها أنّه «تزوجها أبو عمرو بن حفص (...) فخرج مع علي لما بعثه النبي صلّى الله عليه وسلّم إلى اليمن فبعث إليها بتطليقة ثالثة بقيت لها»[3]، مما يفيد أن طلاقها كان مفرقاً.

هذا ما اعتمده ابن القيم في رد الاحتجاج بهذا الحديث وأضاف أن لفظ «طلقها ثلاثاً جميعاً» الذي ورد في إحدى رواياته؛ تفرد به راو ضعيف. فكان «الاحتجاج بهذا الحديث فيه نوع سهو من المحتج به. ولو تأمل طرق الحديث وكيف وقعت القصة لم يحتج به، فإن الثلاث المذكورة فيه لم تكن مجموعة وإنّما كان طلقها تطليقتين من قبل ذلك آخر ثلاث، هكذا جاء مصرحاً به في الصّحيح[4] (...)، وقد جاء الحديث بخمسة ألفاظ: «طلقها ثلاثاً»، و «طلقها

---

(١) ينظر الفتاوى الكبرى: ج٣/ ٢٤٨.

(٢) ينظر زاد المعاد: ج٦/ ٢٦١.

(٣) ينظر فتح الباري: ج١٠/ ٥٩٩ عند شرح الباب رقم ٤١.

(٤) يعني فيما أخرجه الإمام مسلم بسنده إلى عبيد الله بن عتبة أن «أبا عمرو بن حفص بن المغيرة خرج مع علي بن أبي طالب رضي الله عنه إلى اليمن فأرسل إلى امرأته فاطمة بنت قيس بتطليقة كانت بقيت من طلاقها» رقم الحديث ١٤٨٠ م٧.

البتّة»، و«طلقها آخر ثلاث تطليقات»، و «أرسل إليها بتطليقة». (...) فأما اللفظ الخامس وهو قولها: «طلقها ثلاثاً جميعاً»؛ فهذا أولى من حديث مجالد[١] عن الشعبي[٢]، ولم يقل ذلك عن الشعبي غيره مع كثرة من روى هذه القصة عن الشعبي، فتفرد مجالد على ضعفه من بينهم بقوله «ثلاثاً جميعاً». وعلى تقدير صحته، فالمراد به أنّه اجتمع لها التطليقات الثلاث لا أنها وقعت بكلمة واحدة. فإذا طلقها آخر ثلاث صح أن يقال طلقها ثلاثاً جميعاً، فإن هذه اللفظة يراد بها تأكيد العدد وهو الأغلب عليها لا الاجتماع في الآن الواحد لقوله تعالى: ﴿وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَآمَنَ مَنْ فِي الْأَرْضِ كُلُّهُمْ﴾[٣]، فالمراد حصول الإيمان من الجميع لا إيمانهم كلهم في آن واحد سابقهم ولاحقهم[٤].

وأما حديث ركانة بن عبد يزيد الذي فيه أنّه طلق زوجته ثلاثاً؛ فإنّه ضعيف لقول الترمذي: «هذا الحديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وسألت محمداً - يعني البخاري - عنه فقال: فيه اضطراب»[٥]. ولا يتقوى بوروده من طرق متعددة، فهي جميعها لم تسلم من الطعن؛ فالطريق الأولى طريق جرير بن حازم عن الزُّبير بن سعيد عن عبد الله بن يزيد بن ركانة عن أبيه عن جده. اجتمع فيها ثلاثة رواة متكلم فيهم[٦]. والثانية طريق محمّد بن شافع

---

(١) هو أبو عمرو الكوفي مجالد بن سعيد بن عمير الهمداني، قال فيه ابن حجر: «ليس بالقوي، وقد تغير في آخر عمره توفى سنة ١٤٤هـ (ينظر تقريب التهذيب: ج٢/ ٢٢٩ رقم ٩١٩).

(٢) هو أبو عمرو عامر بن شراحيل الشعبي مات بعد المائة قال فيه ابن حجر: ثقة مشهور. (ينظر تقريب التهذيب: ج١/ ٣٨٧ رقم ٤٦).

(٣) سورة يونس، الآية ٩٩.

(٤) ينظر إغاثة اللهفان: ج١/ ٣١١٣١٢.

(٥) سنن الترمذي: ج٣/ ٤٧١ بعد ذكر الحديث رقم ١١٧٧.

(٦) أحد هؤلاء الرواة هو علي بن يزيد بن ركانة أورده العقيلي في الضعفاء، وذكر له الحديث. ونقل عن البخاري قوله فيه: «لم يصح حديثه». (ينظر كتاب الضعفاء الكبير ج٣/ ٢٥٤ رقم الترجمة: ١٢٥٨).
والراوي الثّاني هو عبد الله بن يزيد أورده العقيلي أيضاً في الضعفاء وقال فيه: «لا يتابع على حديثه مضطرب الإسناد». (ينظر كتابه الضعفاء الكبير: ج٢/ ٢٨٢ رقم الترجمة: ٨٤٧). ولينه ابن حجر في تقريب التهذيب: ج١/ ٤٣٤ رقم الترجمة ٤٨٦.
والراوي الثّالث هو الزُّبير بن سعيد أورده العجلي في الثقات وقال: «روى حديثاً منكراً في الطّلاق». (ينظر معرفة الثقات للعجلي: ج١/ ٣٦٨ رقم الترجمة: ٤٩٣).

عن عبيد الله بن علي بن السائب عن نافع بن عجير عن عبد يزيد بن ركانة أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة المزنية البتة ... الحديث. وهي ضعيفة من جهة نافع بن عجير[١]. والثالثة طريق عبد الرزاق عن ابن جريج عن بعض بني أبي رافع مولى النبي صلّى الله عليه وسلّم عن عكرمة مولى ابن عباس[٢]. وهي أيضاً ضعيفة لجهالة أولئك البعض من بني أبي رافع. والرابعة طريق سعيد بن إبراهيم عن أبيه عن محمّد بن إسحاق عن داود بن الحصين عن عكرمة مولى ابن عباس. أيضاً ضعيفة من جهة داود بن حصين[٣]. فإذا ثبت هذا ظهر ضعف حديث ركانة وهو ما أكده ابن حجر[٤].

وعلى فرض أنّه يتقوى بتعدد طرقه فلقد ورد في رواية أخرى عن عكرمة مولى ابن عباس عن ابن عباس أنّه قال: «طلق ركانة بن عبد يزيد أخو المطلب امرأته ثلاثاً في مجلس واحد فحزن عليها حزناً شديداً. قال: فقال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: كيف طلقتها؟ قال: فقال ثلاثاً في مجلس واحد. قال: إنما تلك واحدة فارجعها إن شئت. قال: فرجعها»[٥].

---

(١) ذكره ابن أبي حاتم في الجرح والتعديل ج٨/ ٤٥٤ رقم ٢٠٨٠ ولم يذكر فيه جرحا ولا تعديلا. وذكره ابن حبان في التابعين (ينظر كتابه الثقات ج٣/ ٤١٣) وقال فيه ابن القيم في زاد المعاد: ج٥/ ٢٦٣: «نافع بن عجير المجهول الحال الذي لا يعرف حاله البتة». فرماه بجهالة حاله من أجل أن العلماء اضطربوا فيه فبينما ذكره ابن حبان وغيره في التابعين؛ ترجم له ابن حجر في الإصابة ج٦/ ٢٢٨. وقال في تقريب التهذيب: ج٢/ ٢٩٦ رقم ٢٣: «قيل له صحبة».

(٢) مصنف عبد الرزاق: ج٦/ ٣٩٠ رقم ١١٣٣٤.

(٣) هو أبو سليمان داود بن الحصين أورده ابن حبان في كتاب المجروحين: ج١/ ٢٨٦٢٨٧ وقال: «حدَّث حديثين منكرين عن الثقات ما لا يشبه حديث الأثبات تجب مجانبة روايته ونفي الاحتجاج بها انفرد».

(٤) قال ابن حجر: «حديث ركانة بن عبد يزيد أتى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم فقال: إني طلقت امرأتي سهيمة البتة والله ما أردت إلا واحدة، فردها على أخرجه الشافعيّ وأبو داود والترمذي وابن ماجة واختلفوا هل هو من مسند ركانة أو مرسل عنه، وصححه أبو داود وابن حبان والحاكم وأعله البخاري بالاضطراب، وقال ابن عبد البر في التمهيد: «ضعفوه. وفي الباب عن ابن عباس رواه أحمد والحاكم وهو معمول أيضاً»، (ينظر تلخيص الحبير: ج٣/ ٢١٣ رقم ١٦٠٣).

(٥) مسند الإمام أحمد: رقم الحديث ٢٣٨٣.

فهذه الرواية تدل على أن رسول الله احتسبها طلقة واحدة فوافق حكمها الحكم الذي قاله ابن تيمية وابن القيم.

وأما احتجاجهم بالإجماع، فقد وقف عنده ابن القيم طويلاً ورده من عشرين وجهاً أثبت بها الخلاف في المسألة وختم رده بقوله: «فهذه عشرون وجهاً في إثبات النزاع في المسألة بحسب بضاعتنا المزجاة من الكتب، وإلا فالذي لم نقف عليه من ذلك كثير. وقد حكى ابن وضاح[1] وابن مغيث[2] ذلك عن علي وابن مسعود والزبير وعبد الرحمن بن عوف وابن عباس. ولعله إحدى الروايتين عنهم، وإلا فقد صح بلا شك عن ابن مسعود وعليّ وابن عباس الإلزام بالثلاث لمن أوقعها جملة. وصح عن ابن عباس أنّه جعلها واحدة ولم نقف على نقل صحيح عن غيرهم من الصحابة بذلك، فلذلك لم نعدّ ما حكي عنهم في الوجوه المبينة للنزاع، وإنّما نعد ما وقفنا عليها مواضعه ونعزوه إليها وبالله التوفيق»[3].

وأما قياسهم النّكاح على سائر الأملاك وأنه كما يصح التصرف فيها بحسب إرادة المالك فكذلك النّكاح يملك الزّوج إنهاءه على الصورة التي يريد؛ فلا يصح من وجهين أحدهما أن إنهاء النّكاح ينبغي أن يتم على الصورة التي أذن بها الشّرع بأن يقع مفرقاً؛ وتعتد المرأة لكل تطليقة، فمن خالف هذه الصورة فجمع ما أمر الشّرع بتفريقه فقد تعدى حدود الله. والثاني أن ليس كل ما ملكه الله الإنسان يتصرف فيه على الصورة التي يريد، بل إن عليه الاتباع في ذلك بأن يأتي ما أذن الله فيه متفرقاً كما أذن به. وذلك مثل رمي الجمار فإنّما شرعه الله مفرقاً[4]

---

[1] هو أبو عبد الله محمّد بن وضاح بن يزيد القرطبي من علماء المالكيّة توفى سنة ٢٨٧هـ. وترجمته في شجرة النور الزكية: ٧٦ رقم ١١٦.

[2] هو أبو جعفر أحمد بن محمّد بن مغيث الصدفي من علماء المالكيّة بالأندلس توفى سنة ٤٥٩ هجرية، ترجمته في شجرة النور الذكية: ١١٨ رقم ٣٣٣.

[3] إغاثة اللهفان: ج١/ ٣٢٩٣٣٠.

[4] الذي يدل على هذا ظاهر حديث ابن عمر رضي الله عنهما أنّه «كان يأتي الجمار في الأيام الثلاثة بعد يوم النحر ماشياً ذاهباً وراجعاً يخبر أن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم كان يفعل ذلك». أخرجه أبو داود في سننه بسنده إلى نافع في كتب الجهاد، رقم الحديث ١٩٦٩. وأحمد في المسند تحت رقم ٦٤٢١.

فلا يصح جمعه، واللعان شرعه الله كذلك، وإيمان القسامة[١] أيضاً، والصلوات شرعها الله متفرقة في خمسة أوقات فلا يصح تأخيرها كلها وصلاتها في وقت واحد، لأنه جمع ما أمر الله بتفريقه[٢].

ولقد تتبع ابن تيمية ما احتجّ به الذين قالوا بوقوع الطّلاق الثلاث ثلاثاً حجة حجة، فخلص إلى أنّه «ليس مع من جعل ذلك شرعاً لازماً للأمة حجة يجب اتباعها من كتاب ولا سنة ولا إجماع، وإن كان بعضهم قد احتجّ على هذا بالكتاب وبعضهم بالسُّنَّة وبعضهم بالإجماع. وقد احتجّ بعضهم بحجتين أو أكثر من ذلك، لكن المنازع يبين أن هذه كلها حجج ضعيفة وأن الكتاب والسُّنَّة والاعتبار إنما يدل على نفي اللزوم، وتبين أنّه لا إجماع في المسألة بل الآثار الثابتة عمن ألزم بالثلاث مجموعة عن الصحابة تدل على أنهم لم يكونوا يجعلون

---

(١) ورد بيان معنى القسامة عند أبي داود في حديث أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال: «إياكم والقسامة، فقلنا وما القسامة؟ قال: الشيء يكون بين النَّاس فيجيء فينقص منه». وفي رواية: «الرجل يكون على الفئام من النَّاس فيأخذ من حظ هذا وحظ هذا». (ينظر سنن أبي داود: كتاب الجهاد، رقم الحديث ٢٧٨٣.

وصورة أيمان القسامة بينها الإمام مالك في قوله: «الأمر المجتمع عليه عندنا والذي سمعت ممن أرضى في القسامة والذي اجتمعت عليه الأئمة في القديم والحديث أن يبدأ بالأيمان المدعون في القسامة فيحلفون. وأن القسامة لا تجب إلا بأحد أمرين؛ إما أن يقول المقتول دمي عند فلان أو يأتي ولاة الدم بلوث من بينة وإن لم تكن قاطعة على الذي يدعي عليه الدم. فهذا يوجب القسامة للمدعين الدم على من ادعوه عليه. ولا تجب القسامة عندنا إلا بأحد هذين الوجهين. قال مالك: وتلك السُّنَّة التي لا اختلاف فيها عندنا. والذي لم يزل عليه عمل النَّاس أن المبدئين بالقسامة أهل الدم، والذي يدعونه في العمد والخطأ. (...) فإن حلف المدعون استحقوا دم صاحبهم وقتلوا من حلفوا عليه. ولا يقتل في القسامة إلا واحد، لا يقتل فيها اثنان؛ يحلف من ولاة الدم خمسون رجلاً خمسون يميناً. فإن قل عددهم أو نكل بعضهم ردت الايمان عليهم إلا أن ينكل أحد من ولاة المقتول ولاة الدم الذي يجوز لهم العفو عنه. فإن نكل أحد من أولئك فلا سبيل إلى الدم إذا نكل أحد منهم». (ينظر الموطأ: كتاب القسامة).

(٢) ينظر للرد على الاحتجاج بالقياس في هذه المسألة إغاثة اللهفان: ج١/ ٣٠٦.

ذلكَ مما شرعه النبي صلّى الله عليه وسلّم لأمته شرعاً لازماً كما شرع تحريم المرأة بعد الطلقة الثّالثة بل كانوا مجتهدين في العقوبة بإلزام ذلك إذا كثر ولم ينته النَّاس»[١].

٢ـ مناقشة أدلة الفريق الثاني:

ناقش العلماء احتجاج الفريق الثّاني الذين يعدون الطّلاق الثلاث بلفظ واحد طلقة واحدة بحديث ابن عباس؛ «كان الطّلاق على عهد رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة ... الحديث». وردوه بعشرة ردود يمكن تلخيص الأجوبة عنها فيما يلي:

الرد الأوّل: إن حديث ابن عباس منسوخ، قاله الطحاوي[٢] واختاره ابن حجر[٣]. وأجاب عنه ابن القيم بأن حكماً إذا نسخ على عهد رسول الله صلّى الله عليه وسلّم فإن من سمعوه ينقلونه لتعلمه الأمة كلها؛ وحديث ابن عباس استمر العمل به إلى عهد عمر بن الخطاب وتساءل «كيف يستمر المنسوخ على عهد رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وأبي بكر وصدر من خلافة عمر لا تعلم به الأمة وهو من أهم الأمور المتعلقة بحل الفروج؟»[٤].

الرد الثّاني: أن حديث ابن عباس محمول على غير المدخول بها. وهذا مسلك النسائي، بإخراجه الحديث في باب طلاق الثلاث المتفرقة قبل الدخول بالزوجة[٥]. وأجاب عنه ابن القيم بأن لا مطابقة بين الترجمة وبين حديث ابن عباس لأنه ورد في شأن المدخول بها[٦]. وتعقب بأن أبا داود أخرجه مقيداً بغير المدخول بها فروى بسنده إلى طاوس أن رجلاً يقال له

---

(١) ينظر الفتاوى الكبرى: ج٣/ ٢٥٨.

(٢) ينظر شرح معاني الآثار: ج٣/ ٦٥.

(٣) ينظر فتح الباري: ج١٠/ ٤٥٩ عند شرح الحديث رقم ٥٢٦١.

(٤) ينظر زاد المعاد: ج٥/ ٢٦٥٢٦٦.

(٥) ينظر سنن النسائي: كتاب الطّلاق باب طلاق الثلاث المتفرقة قبل الدخول بالزوجة رقم الحديث: ٥٥٩٩.

(٦) ينظر إغاثة اللهفان: ج١/ ٢٥٨.

أبو الصهباء كان كثير السّؤال لابن عباس، قال: «أما علمت أن الرّجل كان إذا طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وأبي بكر وصدر من خلافة عمر رضي الله عنهما؟ فقال ابن عباس: بلى كان الرّجل إذا طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وأبي بكر وصدر من إمارة عمر رضي الله عنهما، فلما رأى النّاس قد تتابعوا فيها قال: أجروهن عليهم»[1]. وأجاب عنه ابن القيم بأن التقييد بغير المدخول بها في جواب ابن عباس رضي الله عنهما ورد في مقابلة التقييد الذي في سؤال أبي الصهباء، «ومثل هذا لا يعتبر مفهومه. نعم لو لم يكن السّؤال مقيداً فقيد المسؤول الجواب كان مفهومه معتبراً (...) وبالجملة فغير المدخول بها فرد من أفراد النّساء، فذكر النّساء مطلقاً في أحد الحديثين وذكر بعض أفرادهن في الحديث الآخر لا تعارض بينهما»[2]. ويمكن أن يجاب عنه بغير هذا، وهو أن التقييد بغير المدخول بها زيادة[3] يعارضها الحديث الصّحيح عند غير واحد من العلماء[4]. وقد حقق الشّيخ ناصر الدّين الألباني أنها زيادة منكرة[5].

---

(١) سنن أبي داود: كتاب الطّلاق باب نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث رقم الحديث ٢١٩٩.

(٢) ينظر إغاثة اللهفان: ج١/ ٢٥٨.

(٣) وردت هذه الزيادة عند أبي داود في سننه والبيهقي في سننه أيضاً ج٧/ ٣٣٨٣٣٩. وقد تفرد بها أبو النعمان محمّد بن الفضل السدوسي الملقب بعارم صرح بهذا ابن أبي حاتم في الجرح والتعديل: ج٤/ ١/ ٥٩.

(٤) يعارض زيادة التقييد بغير المدخول بها عند أبي داود أن الحديث ورد عند غيره صحيحاً غير مقيد بها. فورد عند الإمام مسلم بدونها وورد بدونها أيضاً عند النسائي في سننه: ج٢/ ٩٦ والطحاوي في شرح معاني الآثار: ج٢/ ٣١ وأحمد في مسنده رقم الحديث ٢٨٧٠، والحاكم في مستدركه: ج٢/ ١٩٦. البيهقي في سننه: ج٧/ ٣٣٦.

ثم إن ورود الحكم في الحديث مقيدا بغير المدخول بها، وإقرار الجمهور به هو حجة لمن يرون احتساب الطّلاق الثلاث طلقة واحدة لأنه إذا كان هذا الحديث يخص غير المدخول بها؛ فإن الحديث الآخر عند مسلم يكون في شأن المدخول بها فيعم الحكم جميع النّساء.

(٥) ينظر سلسلة الأحاديث الضعيفة: رقم الحديث ١١٣٣.

والثالث: أن الحديث يحمل على أن النَّاس في عهد رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وخلافة أبي بكر كانوا يوقعون طلقة واحدة ثم صاروا يوقعون الطّلاق ثلاثاً في خلافة عمر حتّى صار عادة لهم. عزا البيهقي[١] هذا التأويل عن أبي زرعة، وهو قول الباجي[٢] والقاضي عبد الوهاب[٣]، ورجحه أبو بكر ابن العربيّ[٤]، وذكره ابن قدامة[٥]، والزيلعي[٦]. وظاهره أن جمع الثلاث في كلمة واحدة مما استحدثه النَّاس في عهد عمر بن الخطاب. وهو تأويل بعيد لأن هذه الصيغة استعملها النَّاس قبل عهد عمر، لما ورد في بعض ألفاظ الحديث: «أتعلم أنما كانت الثلاث تجعل واحدة على عهد النبي صلّى الله عليه وسلّم وأبي بكر وثلاثاً من إمارة عمر؟»[٧]. وفي لفظ آخر: «ألم يكن الطّلاق الثلاث على عهد رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وأبي بكر واحدة؟»[٨]. فإذا ثبت هذا فإنّه ينتفي التأويل المذكور[٩].

والرابع: أنّه ليس في حديث ابن عباس ما يدل على أن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم هو الذي جعلها واحدة أو أنّه علم به وأقره وهو تأويل ابن حزم[١٠]. استبعده ابن القيم لاستحالة «أن يستمر هذا الجعل الحرام المتضمن لتغيير شرع الله ودينه، وإباحة الفرج لمن هو عليه حرام، وتحريمه على من هو عليه حلال على عهد رسول الله صلّى الله عليه وسلم

---

(١) ينظر السنن الكبرى للبيهقي: ج٧/ ٣٣٨.

(٢) ينظر المنتقى: ج٤/ ٤.

(٣) ينظر كتابه الإشراف على مسائل الخلاف: ج١/ ١٧١.

(٤) ينظر الناسخ والمنسوخ: ج٢/ ٨٩.

(٥) ينظر المغني: ج٨/ ٢٤٤.

(٦) ينظر تبيين الحقائق: ج٢/ ١٩١.

(٧) صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الطّلاق باب طلاق الثلاث رقم الحديث ١٤٧٢ م١.

(٨) المصدر نفسه رقم الحديث ١٤٧٢ م٢.

(٩) ينظر زاد المعاد: ج٥/ ٢٦٧٢٦٨.

(١٠) ينظر المحلى: ج٩/ ٣٩١٣٩٢ رقم المسألة ١٩٤٥.

وأصحابه خير الخلق، وهم يفعلونه ولا يعلمونه، ولا يعلمه هو، والوحي ينزل عليه، وهو يقرهم عليه»[١].

والخامس: أن الحديث يحمل على تكرير المطلق لفظ الطّلاق بقوله: «أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق». فإن أراد به تأكيد الطلاق وقع واحداً، وإن أراد به تكرير الإيقاع وقع ثلاثاً. وهو تأويل ابن سريج[٢]، قاله الخطابي[٣] والحافظ المنذري[٤]. والحافظ ابن حجر[٥] وصححه النووي[٦]. وأجاب عنه ابن القيم بأن «سياق الحديث من أوله إلى آخره يرده، فإن هذا الذي أولتم الحديث عليه لا يتغير بوفاة رسول الله صلّى الله عليه وسلّم ولا يختلف على عهده وعهد خلفائه»[٧].

والسادس: أن عبد الله بن عباس أفتى على خلاف الحكم المذكور في الحديث مما يفيد أنّه كان يرى العمل بما يفتي به لا بما رواه، وهو تأويل الإمام أحمد[٨] وتبعه عليه أبو داود[٩]. وشبهه بخبر الصرف[١٠]. وإليه ذهب ابن عبد البر[١١]. لكن تعقبه ابن القيم بل هذا التأويل

---

(١) ينظر زاد المعاد: ج٥/ ٢٦٨.
(٢) هو أبو العباس أحمد بن عمر القاضي البغدادي الشافعيّ توفى سنة ٣٠٣هـ ترجمته في طبقات الشّافعيّة ج٣/ ١٢ رقم ٨٥ وسير أعلام النبلاء: ج١٤/ ٢٠١ رقم ١١٤.
(٣) ينظر معالم السنن: ج٣/ ٢٧.
(٤) ينظر مختصر الترغيب والترهيب: ج٣/ ١١٢٦.
(٥) ينظر فتح الباري: ج١٠/ ٤٥٨ عند شرح الحديث رقم ٥٢٦١.
(٦) ينظر صحيح مسلم بشرح النووي: عند شرح الحديث رقم ١٤٧٢.
(٧) زاد المعاد: ج٥/ ٢٦٦.
(٨) ينظر المغني: ج٨/ ٢٤٣ – ٢٤٤.
(٩) ينظر سنن أبي داود. كتاب الطّلاق، باب نسخ المراجعة بعد التطليقية الثلاث رقم الحديث ٢١٩٨.
(١٠) يراد تغيير الصرف صرف الدرهم بالدرهمين والدينار بالدينارين نقدا ووجه الشبه بينه وبين خبر الطّلاق الثلاث كما رآه أبو داود أن بن عباس رضي الله عنهما كان يقول في أول الأمر بجوازه ثم رجع عنه لما بلغه أن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم نهى عنه.
(١١) ينظر الاستذكار: ج١٧/ ٢٩.

إذا ثبت فإن القاعدة عند العلماء في هذه المسألة أن تقدم رواية الراوي على فتواه[1]. وهي قاعدة معتمدة عند العلماء[2]. ويؤكد هذا الشّيخ محمّد الطّاهر بن عاشور بقوله: «أما مخالفة

(١) ينظر زاد المعاد: ج٥/ ٢٦٥.

(٢) يدل على صحة جواب ابن القيم أن هناك عدّة مسائل أفتى فيها ابن عباس وغيره من الصحابة رضوان الله عليهم على خلاف ما رووه. وإن جمهور الفقهاء أخذوا فيها بما رووه على عكس ما قالوه هنا. ثم إن من يتأمل هذه الرواية التي فيها أن عبد الله بن عباس أفتى في المسألة بلزوم الثلاث على خلاف روايته يلاحظ أن فتواه بذلك كانت بالنّسبة لمن رآه يتلاعب بالطّلاق لما رواه الإمام مالك في الموطأ. في كتاب الطّلاق، باب ما جاء في البينة أنّه بلغه أن رجلا قال لعبد الله بن عباس: اني طلقت امرأتي مائة تطليقة فماذا ترى علي؟ فقال له ابن عباس: طلقت منك لثلاث، وسبعة وتسعين أتخذت آيات الله هزواً» وروى عبد الرزاق في مصنفه: ج٦/ ٣٩٧ رقم ١١٣٥٠ عن سعيد بن جبير أن رجلا جاء إلى ابن عباس فقال: إني طلقت امرأتي ألفا. فقال: تأخذ ثلاثاً وتدع تسعمائة وسبعة وتسعين». وروى ابن أبي شيبة في مصنفه: ج٥/ ١٣ عن هارون بن عنترة عن أبيه قال: «كنت جالسا عند ابن عباس فأتاه رجل فقال: يا ابن عباس أني طلقت امرأتي مائة مرة، وإنّما قلتها مرة واحدة. فقال: بانت منك بثلاث وعليك وزر سبع وتسعين».
ظاهر هذه الآثار أن عبد الله بن عباس كان يفتي بلزوم الثلاث من رآهم يتلاعبون بالطّلاق ويتخذون آيات الله هزواً،فيوقعونه على غير هدى الشّرع فألزمهم بالثلاث ردعا لهم على تعديهم حدود ما أنزل الله كما فعل عمر بن الخطاب. فإن عمر رضي الله عنه كان يكره جمع الثلاث في كلمة واحدة فروى ابن أبي شيبة في مصنفه: ج٥/ ١١ عن أنس قال: «كان عمر إذا أتي برجل يطلق امرأته ثلاثاً في مجلس واحد أوجعه ضربا وفرق بينهما» وروى عن ابن عمر أنّه قال: «من طلق امرأته ثلاثاً فقد عصى ربه وبانت منه امرأته».
ويؤيد تأويل افتاء ابن عباس على خلاف روايته هنا بأنّه كان سدا لذريعة اتخاذ النّاس آيات الله هزؤا، رواية طاوس عنه رضي الله عنه أن الطّلاق الثلاث كان على عهد رسول الله صلّى الله عليه وسلّم يحسب طلقة واحدة كما قاله ابن عبد البر في كتابه الاستذكار: ج١٧/ ١٥. ويؤكده أن أبا بكر ابن العربي في أحكام القرآن: ج١/ ٢٠٠ أورد فتوى ابن عباس في شأن من اتخذ آيات الله هزؤا وذكر أن «من اتخذ آيات الله هزؤا ما روي عن ابن عباس(...) فمن اتخاذها هزؤا على هذا مخالفة حدودها فيعاقب بالزامها».
وهذا ما خلص إليه ابن تيمية في الفتاوى الكبرى: ج٣/ ٢٥٥-٢٥٦ فذكر أن «ابن عباس عذره هو العذر الذي ذكره عمر رضي الله عنه، وهو أن النّاس لما تتابعوا فيما حرم الله عليهم استحقوا العقوبة على ذلك فعرفوا بلزومه، بخلاف ما كانوا عليه قبل ذلك فإنهم لم يكونوا مكثرين من فعل المحرم =

ابن عباس لما رواه، فلا يوهن الرواية كما تقرّر في الأصول، ونحن نأخذ بروايته وليس علينا أن نأخذ برأيه»[١].

والسابع: أن لفظ «ثلاثاً» في الحديث تحمل على لفظ «البتة» الذي ورد في حديث ركانة، وهذا تأويل أبي داود[٢]. وقواه ابن حجر[٣]. بسبب إدراج الإمام البخاري الأحاديث التي ورد فيها لفظ البتة وكذا التي ذكر فيها لفظ الثلاث في باب واحد[٤]. وأجاب عنه ابن القيم بأن حديث ركانة ضعيف بسبب نافع بن عجير فإنّه «مجهول لا يعرف حاله البتة»[٥].

والثامن: أن حديث ابن عباس هذا شاذ لا يعمل به، وهذا تأويل ابن عبد البر[٦]. وابن العربيّ[٧]. والبيهقي[٨]. وأجاب عنه ابن القيم بأن تفرد أحد الصحابة برواية حديث ليس مما يرد به حديثه، فإن هناك أحاديث تفرد بها بعض الصحابة ولم يروها غيرهم وتلقتها الأمة بالقبول[٩].

= وهذا كما أنهم لما أكثروا شرب الخمر واستخفوا بحدها كان عمر يضرب فيها ثمانين وينفي فيها ويحلق الرأس ولم يكن ذلك على عهد النبي صلّى الله عليه وسلّم (...) والتفريق بين الزّوجين هم مما كانوا يعاقبون به أحيانا إما مع بقاء النكاح وبما بدونه فالنبي صلّى الله عليه وسلّم فرق بين الثلاثة الذين خلفوا وبين نسائهم حتّى تاب الله عليهم من غير طلاق».

(١) التحرير والتنوير: ج٢/ ٤١٨.

(٢) أخرج الحديث أبو داود من طريق آل بيت ركانة، كتاب الطّلاق باب نسخ المراجعات بعد التطليقات الثلاث رقم الحديث ٢١٩٦.

(٣) ينظر فتح الباري: ج١٠/ ٤٥٦ عند شرح الحديث رقم ٥٢٥٩.

(٤) ينظر صحيح البخاري: كتاب الطّلاق باب من أجاز الطلاق الثلاث.

(٥) ينظر زاد المعاد: ج٥/ ٢٦٣.

(٦) ينظر الاستذكار: ج١٧/ ١١ وج١٧/ ١٦-١٨.

(٧) ينظر الناسخ والمنسوخ: ج٢/ ٨٧

(٨) ينظر السنن الكبرى للبيهقي: ج٧/ ٣٣٧.

(٩) ينظر إغاثة اللهفان: ج١:٢٩٥-٢٩٦.

والتاسع: أن حديثه هذا مضطرب، وهذا تأويل القرطبي حكاه عنه ابن حجر[١]. وذكره ابن القيم[٢]. ضمن جملة ردود الجمهور على القول بوقوع الطّلاق الثلاث بلفظ واحدة طلقة واحدة. ووجه الاضطراب فيه هو أنّه تارة يروى عن طاوس عن ابن عباس، وتارة عن طاوس عن أبي الصهباء عن ابن عباس، وتارة عن أبي الجوزاء عن ابن عباس. هذا من جهة السند؛ وأما من جهة المتن فإن أبا الصهباء تارة يقول: «ألم تعلم أن الرّجل كان إذا طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة؟» وتارة يقول: «ألم يكن الطّلاق الثلاث على عهد رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وأبي بكر وصدرا من خلافة عمر واحدة؟». فهذان لفظان مختلفان أحدهما يخص المرأة غير المدخول بها، والآخر يعم النّساء كلهن. وهذا المسلك حسب ابن القيم هو «من أضعف المسالك، ورد الحديث به ضرب من التعنت، ولا يعرف أحد من الحفاظ قدح في هذا الحديث ولا ضعفه. والإمام أحمد لما قيل له: (بأي شيء ترده؟ قال: برواية النَّاس عن ابن عباس خلافه). ولم يرده بتضعيف ولا قدح في صحته. وكيف يتهيأ القدح في صحته ورواته كلهم أئمة حفظ؟ (...) وأما رواية من رواه عن أبي الجوزاء فإن كانت محفوظة – وهو الظاهر – فهي وهم في الكنية انتقل فيها عبد الله بن المؤمل[٣]. عن ابن أبي مليكة[٤]. من أبي الصهباء إلى أبي الجوزاء[٥] فإنّه كان سيء الحفظ، والحفاظ قالوا أبو الصهباء، وهذا لا يوهن الحديث»[٦].

---

[١] ينظر فتح الباري: ج١٠/ ٤٥٨ عند شرح الحديث رقم ٥٢٥٩.

[٢] ينظر إغاثة اللهفان: ج١/ ٢٩٣-٢٩٤.

[٣] هو عبد الله بن المؤمل بن هبة المخزومي المكي، قال فيه ابن حجر: «ضعيف الحديث». (ينظر تقريب التهذيب: ج١/ ٤٥٤ رقم ٦٧٣).

[٤] هو عبد الله بن عبيد الله بن عبد الله بن أبي مليكة المدني، ترجم له ابن حجر في تقريب التهذيب: ج١:٤٣١ رقم ٤٥٢ وقال فيه: «أدرك ثلاثين من أصحاب النبي صلّى الله عليه وسلّم». توفى سنة سبع عشرة ومائة.

[٥] هو أوس بن عبد الله الربعي ترجم له ابن حجر في تقريب التهذيب: ج١/ ٨٦ رقم ٦٥٦ وقال فيه: «يرسل كثيراً ثقة». توفى سنة ثلاث وثمانين ومائة.

[٦] ينظر إغاثة اللهفان: ج١/ ٢٩٤.

وأيضاً فإن مما يدفع وصف الحديث بأنَّه مضطرب أن الذين أطلقوا عليه هذا الوصف، يحتجون بقول عمر بن الخطاب الذي ورد في آخره: «إن النَّاس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم». فكيف ساغ لهم أن يعملوا بهذا الطرف من الحديث ويردوا طرفه الأوّل؟ إنهم – كما قال الشوكاني – «قد استكثروا الأجوبة على حديث ابن عباس، وكلها غير خارجة عن دائرة التعسف، والحق أحق بالاتباع. فإن كانت تلك المحاماة لأجل مذاهب الأسلاف، فهي أحقر وأقل من أن تؤثر على السُّنَّة المطهرة، وإن كانت لأجل عمر بن الخطاب فأين يقع المسكين من رسول الله صلّى الله عليه وسلّم؟ أي مسلم من المسلمين يستحسن عقله وعلمه ترجيح قول صحابي على قول المصطفى؟»[١].

والرد العاشر: أن الحديث معارض بالإجماع، فقد رجح ابن حجر القول بلزوم الثلاث «للإجماع الذي انعقد في عهد عمر على ذلك»[٢]. لكن إجماع المسلمين على حكم في مسألة يصدق إذا لم يسبق بيان الحكم فيها كما في مسألتنا هذه، ثم إن النزاع فيها ثابت بما ينقض هذه الدعوى.

فهذه عشرة ردود وردت متفرقة في كتب الفقهاء والمحدثين، اجتمعت للحكم بإلزام وقوع الطّلاق ثلاثاً إذا واجه الرّجل زوجته بالثلاث دفعة واحدة. أجاب عنها ابن تيمية وتتبعها ابن القيم كلها وأجاب عنها باستفاضة واحداً واحداً بما يفيد عنده أنها لا تدفع بمجموعها الحكم الذي أخذه من حديث ابن عباس في المسألة[٣]. وهو احتساب الطّلاق الثلاث الذي يجمعه الرّجل في لفظ واحد طلقة واحدة.

---

(١) نيل الأوطار: ج٦/ ٢٣٤.

(٢) ينظر فتح الباري: ج١٠/ ٤٥٩ شرح الحديث رقم ٥٢٦١.

(٣) بناء على انتصار ابن تيمية وابن القيم لحديث ابن عباس رجح الشّيخ الألباني ما استفاداه منه فقال: «الحديث الصّحيح الثابت عنه – يعني عن ابن عباس – من غير طريق وإن خالفه الجماهير فقد انتصر له شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم». (ينظر إرواء الغليل: ج٧/ ١٢٢).

٣- مناقشة أدلة الفريق الثالث:

وأما احتجاج الفريق الثّالث الذين يلزمون المدخول بها بالثلاث وغير المدخول بها بواحدة بحديث أبي الصهباء عند أبي داود فليس مما يرد به الحديث الذي روي بالإطلاق لإمكان الجمع بينهما[١]. ثم أنّه سبق ذكر قول الجمهور أنّه لا فرق في المسألة بين غير المدخول بها والمدخول بها.

٤- مناقشة القول الرّابع:

وأما قول الفريق الرّابع الذين يقولون إن الطّلاق الثلاث بلفظ واحد لا يقع لكونه طلاقاً مبتدعاً فقد رده الحافظ أبو العباس القرطبي[٢] بناءً على الآيات الواردة في الطّلاق وعلى حديث ابن عباس فإنّه «يدل ظاهراً على أنّه كان الطّلاق ثلاثاً واقعاً لازماً في تلك الأعصار، فيستدل به عليهم على جهة الإلزام»[٣]. ووصف ابن تيمية قولهم هذا بأنّه «قول مبتدع لا يعرف لقائله سلف من الصحابة والتابعين لهم بإحسان»[٤]. وأيضاً رده ابن

---

(١) ذكر ابن القيم سبيلا للعمل بالروايتين معا، التي ورد فيها التقييد بغير المدخول بها والتي وردت مطلقة فقال: «وأما رواية من رواه مقيدا «قبل الدخول» فإنّه تقدم أنها لا تناقض رواية الآخرين. على أنها عند أبي داود عن أبي أيوب عن غير واحد، ورواية الإطلاق عن معمر عن ابن جريج عن ابن طاوس عن أبيه. فإن تعارضنا فهذه الرواية أولى. وإن لم يتعارضا فالأمر واضح. وحديث داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس عن النبي صلّى الله عليه وسلّم صريح في كون الثلاث في حق المدخول بها. وعامة ما يقدر في حديث أبي الصهباء أن قوله: «قبل الدخول» زيادة في ثقة فيكون الأخذ بها أولى، وحينئذٍ فيدل أحد حديثي ابن عباس على أن هذا الحكم ثابت في حق البكر وحديثه الآخر على أنّه ثابت في حكم الثيب أيضاً. فأخذ الحديثين يقوى الآخر ويشهد بصحته وبالله التوفيق» (ينظر إغاثة اللهفان: ج١/ ٢٩٥).

(٢) هو أبو العباس أحمد بن عمر بن إبراهيم القرطبي من علماء المالكيّة توفى سنة ٦٥٦هـ.

(٣) ينظر المفهم: ج٤/ ٢٣٨.

(٤) ينظر الفتاوى الكبرى: ج٣/ ٢٥١ نحوه في ج٣/ ١٥٧-٢٥٨.

رجب[1] بقول الإمام أحمد في رواية أبي الحارث وسئل عمن قال لا يقع الطّلاق المحرّم لأنه يخالف ما أمر به فقال: «هذا قول سوء رديء»[2].

ثالثاً: سبب الاختلاف:

يظهر من خلال ما تم بسطه من أدلّة في المسألة أن اختلاف الفقهاء فيها يرجع إلى اختلافهم في الصورة التي ينبغي أن يقع عليها الطّلاق، فمنهم من ألزم المطلق بما يتلفظ به من صيغ الطّلاق وإن أوقعه على غير الوجه المشروع وهم الجمهور، ومنهم من ألزمه بما يوقعه على الوجه المبين في الشّرع وهو قول ابن تيمية وابن القيم. ويؤكد هذا قول ابن رشد: «وسبب الخلاف هل الحكم الذي جعله الشّرع من البينونة للطلقة الثّالثة يقع بإلزام المكلف نفسه هذا الحكم في طلقة واحدة أم ليس يقع ولا يلزم من ذلك إلا ما ألزم الشرع؟ فمن شبه الطّلاق بالأفعال التي يشترط في صحة وقوعها كون الشروط الشرعيّة فيها كالنّكاح والبيوع قال: لا يلزم، ومن شبهه بالنذور والأيمان التي ما التزم العبد منها لزمه على أي صفة كان؛ ألزم الطّلاق كيفما ألزمه المطلق نفسه»[3].

رابعاً: الترجيح:

يظهر من خلال عرض أقوال وأدلّة الفقهاء في المسألة والتأمل فيها أنها مسألة تنازع فيها العلماء منازعة كبرى، فاستوجب الأمر قبل بيان القول المنتقي من أقوالهم تقديمه بما يلي:

---

(1) هو الإمام الحافظ زين الدّين عبد الرحمن بن أحمد بن الحسن بن محمّد بن أبي البركات مسعود السلامي البغدادي ثم الدمشقي الحنبلي الشهير بابن رجب وهو لقب جده عبد الرحمن توفي سنة ٧٩٥ هجرية بدمشق. ترجمته في الدرر الكامنة: ج٢/ ٣٢١، وأبناء العمر: ج/ ١٧٦ وشذرات الذهب: ج٦/ ٣٣٩.

(2) جامع العلوم والحكم: ١٩٠ شرح الحديث: «من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد».

(3) بداية المجتهد: ج٢/ ٦١-٦٢.

١٠ – غير خاف أن للفظ الطّلاق في الشريعة الإسلاميّة دلالة ظاهرة في إرادة الفرقة بين الزّوجين. أحكمه الله تعالى بعدة ضوابط وأوجب على الأزواج مراعاتها، حتّى إذا واجه الرّجل زوجته به مضى طلاقه ونفذ لأن جده جد وهزله جد.؟

ومن هنا كان الأصل فيه أنّه يقع بحسب العدد الذي ذكره صاحبه، فإن طلق واحدة وقعت واحدة، وإن طلق ثلاثاً في جملة واحدة وقع ثلاثاً فتحرم عليه زوجته حتّى تنكح زوجاً غيره.

٢ – ومن المعلوم أن مراعاة مقاصد النَّاس في الحكم على أقوالهم حاضرة في أحكام الشارع. وذلك في مثل مسألة الطّلاق الثلاث بلفظ واحد، فقد راعى فيها رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قصد النَّاس من استعمالهم هذا اللفظ، ولو أن حديث ركانة بن عبد يزيد ثبتت صحته لكان أقطع في الدّلالة على هذا، إذ فيه أنّه «طلق البتة فاستحلفه النبي صلّى الله عليه وسلّم: ما أردت إلا واحدة؟ فحلف فردها عليه»[١]. ولكنه ضعيف كما سبق ذكره[٢].

وظاهر حديث ابن عباس في هذه المسألة أن الطّلاق الثلاث كان على عهد رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر يحتسب طلقة واحدة، إذ كان يندر أن يقع الطّلاق على هذه الصورة وقتئذ، وأن الإلزام بالثلاث قضى به عمر بن الخطاب رضى الله عنه بعد أن سبق عمله على احتساب طلقة واحدة في بداية خلافته. وقد علل لجوءه إلى اعتماد هذا الإجراء بأن النَّاس استعجلوا فراق زوجاتهم، وتمادوا في ذلك فأمضاه عليهم باعتباره ولي أمر المسلمين. فثبت بهذا أن النَّاس في كل عصر إذا تتابعوا في الخروج عمّا رسمه الشَّارع في استعمال الطّلاق، وأكثروا من إيقاعه ثلاثاً دفعة واحدة، كان على الإمام أن يتدخل فيلزمهم به زجراً لهم، فإن مما يملكه ولي أمر المسلمين أن يتخذ من الإجراءات التعزيرية ما يضع حدا لسوء تصرف رعيته في استعمال بعض المباحات كما فعل رسول الله صلّى الله عليه وسلّم مع

---

(١) ورد تخريجه في هذا المبحث.

(٢) ينظر لمزيد التّوسع في تعليل تضعيفه، إرواء الغليل: ج٧/ ١٣٩–١٤٥ رقم ٢٠٦٣.

الذين تخلفوا عن المشاركة في غزوة تبوك حين أمرهم أن يعتزلوا نساءهم[١]. مع أنّه لم يثبت عنهم فعل سوء. ولقد ثبتت عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه اجتهادات أخرى مثل اجتهاده هنا وذلك «كصنيعه بشارب الخمر فإن الحد كان في زمان رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وأبي بكر أربعين ثم إن عمر لما رأى النّاس تتابعوا في الخمر واستخفوا بالعقوبة فيها قال: أرى أن تبلغ فيها حد المفتري لأنه إذا سكر هذى وافترى[٢]. وكان ذلك عن ملأ من الصحابة[٣] فلا ينكر أن يكون الأمر في طلاق البتة على شاكلته»[٤]. وضرب الصنعاني مثلاً آخر لاجتهاده رضي الله عنه فأكد أن: «الأقرب أن هذا رأي من عمر ترجيح له كما منع من متعةِ الحج وغيرها (...) وكونه خالف ما كان على عهده صلّى الله عليه وسلّم فنو نظير متعة الحج بلا ريب»[٥].

٣ – إن حديث ابن عباس رضي الله عنهما ثابت في صحيح مسلم من أكثر من طريق عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «كان الطّلاق على عهد رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر: إن الناس قد استعجلوا في أمر كان لهم في أناة فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم». وأخرجه أبو داود أيضاً، غير أن في روايته زيادة «قبل أن يدخل بها». فثبت أنّه حديث صحيح عنه صلّى الله عليه وسلّم وليس رأياً لابن عباس، لما تقرّر في أصول الحديث أن قول الصحابي: كنا نفعل أو نقول كذا على عهد رسول الله صلّى الله عليه وسلّم ونحوه أن له حكم المرفوع[٦].

---

(١) صحيح البخاري: كتاب المغازي، باب حديث كعب بن مالك وقول الله عزّ وجلّ: «وعلى الثلاثة الذين خُلّفوا»، رقم الحديث ٤٤١٨ وصحيح مسلم بشرح النووي: كتاب التوبة، رقم الحديث ٢٧٦٩.

(٢) أخرج البخاري بسنده إلى السائب بن يزيد قال: «كنا نؤتى بالشارب على عهد رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وإمرة أبي بكر وصدراً من خلافة عمر فنقوم إليه بأيدينا ونعالنا، وأرديتنا حتّى كان آخر إمرة عمر فجلد أربعين حتّى إذا عتوا وفسقوا جلد ثمانين» صحيح البخاري. كتاب الحدود، رقم الحديث ٦٧٩٧.

(٣) ينظر مصنف عبد الرزاق: ج٧/ ٣٧٨ رقم ١٣٥٤٢.

(٤) معالم السنن: ج٣/ ٢٠٥

(٥) سبل السلام: ج٣/ ١٤٣٧.

(٦) ينظر علوم الحديث لابن الصلاح: ٤٣.

ولا ينتقض الاحتجاج به بأن ابن عباس كان يفتي على خلافه، لأنه ينبغي أن يعلم المقتضى الذي دعاه إلى الإفتاء على خلاف روايته، وهو ما رآه في النَّاس من تلاعب بشرع الله في الطّلاق فزجرهم عن فعلهم بإلزامهم بالثلاث كما فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه. فروى عبد الرزاق عن سعيد بن جبير أن رجلاً جاء إلى ابن عباس فقال: «إني طلَّقت امرأتي ألفا، فقال: تأخذ ثلاثاً وتدع تسع مائة وسبعاً وتسعون»[1]. فهذا يدل على أنّه وافق عمر بن الخطاب في رأيه وخالف روايته سداً لذريعة اتخاذ النَّاس آيات الله هزؤاً. وفي هذا قال ابن تيمية: «وليس يعل حديث طاوس بفتيا ابن عباس بخلافه. وهذا علمه في إحدى الروايتين عنه، ولكن ظاهر مذهبه الذي عليه أصحابه أن ذلك لا يقدح في العمل بالحديث لا سيما وقد بين ابن عباس عذر عمر بن الخطاب في الإلزام بالثلاث. وابن عباس عذره هو العذر الذي ذكره عن عمر رضي الله عنه وهو أن النَّاس لما تتابعوا فيما حرم الله عليهم استحقوا العقوبة على ذلك فعوقبوا بلزومه بخلاف ما كانوا عليه قبل ذلك، فإنهم لم يكونوا مكثرين من فعل المحرم»[2].

وإلى هذا التأويل ذهب من الفقهاء المعاصرين الشّيخ محمّد عبده فذكر أن عمر بن الخطاب «بين لنا سبب قضائه (...) فكأنه اجتهد في جعله عقوبة لردعهم عنه»[3]. وذكر الأستاذ علال الفاسيّ أن عمر حكم «باعتبار الطلاق ثلاثاً عقاباً لمرتكبيه مع أن الحكم قبله باعتبارها واحدة»[4].

وبهذا ينتفي أن يكون قول ابن تيمية وابن القيم هذا مبنياً على أقوال شاذة كما قاله بعض المعاصرين[5]. وأيضاً يتبين أن حكم عمر بن الخطاب كان اجتهاداً منه لتصحيح تدين الناس.

---

(١) مصنف عبد الرزاق: ج٦/ ٣٩٧ رقم ١١٣٥٠.

(٢) الفتاوى الكبرى: ج٣/ ٢٥٥.

(٣) ينظر الأعمال الكاملة للشيخ محمّد عبده: ج٢/ ١٢٢.

(٤) ينظر مقاصد الشريعة ومكارمها: ٤٩-٥٠.

(٥) منهم الدكتور نور الدّين عتر في كتابه أبغض الحلال: ١٤١.

وليس يعني هذا أن «عمر بن الخطاب رضي الله عنه خالف نصاً في كتاب الله وأحاديث ثابتة في سنة رسول الله صلّى الله عليه وسلّم لا يعني أن عامّة الصحابة وقعوا معه في هذه المعصية إذ سكتوا على عمله ووافقوا رأيه»[١]. بل أنّه رضي الله عنه وافق ما جعله الله عقوبة لمن لم يطع الله في شرعة الطّلاق ذلك أنّه «لما رأى (...) أن الله سبحانه عاقب المطلق ثلاثاً بأن حال بينه وبين زوجته وحرمها عليه حتّى تنكح زوجاً غيره، علم أن ذلك لكراهة الطّلاق المحرّم وبغضه له، فوافق أمير المؤمنين في عقوبته لمن طلق ثلاثاً جميعاً بأن ألزمه بها وأمضاه عليه»[٢]. ولم يرد رضي الله عنه أن يجعل اجتهاده هذا شرعاً يعمل النّاس به من بعده، كما لم يدع أنّه ناسخ لحكم رسول الله صلّى الله عليه وسلّم. ومعلوم أن حكماً حين يوضع من أجل مصلحة ولم تتحقق هذه المصلحة فإنّه يرجع فيه إلى الأصل. والأصل في مسألتنا هو ما كان العمل به على عهد رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وفي خلافة أبي بكر وصدر من خلافة عمر. قال ابن القيم: «رأى عمر رضي الله عنه أن المفسدة تندفع بإلزامهم به، فلما تبين له أن المفسدة لم تندفع بذلك وما زاد الأمر إلا شدة، أخبر أن الأولى كان عدوله إلى تحريم النّكاح الذي يدفع المفسدة من أصلها. واندفاع هذه المفسدة بما كان عليه الأمر في زمن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وأبي بكر وأول خلافة عمر رضي الله عنهما أولى من ذلك كله ولا يندفع الشر والفساد بغيره البتة»[٣].

٤ – وإن مما بنى عليه الفقهاء المعاصرون قولهم باحتساب الطّلاق الثلاث بلفظ واحد طلقة واحدة نذكر ما يلي:

أ – الذي أعطاه الله للزوج هو أن يطلق زوجته طلاقاً رجعياً مرتين فقال سبحانه: ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾[٤]. ويكون له بعدهما الخيار بين أن

---

(١) ينظر محاضرات في الفقه والقانون للدكتور سعيد رمضان البوطي: ١١٩.

(٢) ينظر إغاثة اللهفان: ج١/ ٣٣٥.

(٣) ينظر إغاثة اللهفان: ج١/ ٣٣٦.

(٤) سورة البقرة، الآية ٢٢٩.

يمسك زوجه بالمعروف وبين أن يسرحها بإحسان فلا تحل له من بعد حتّى تنكح زوجاً غيره. وهذا ظاهر قوله تعالى: ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىَ تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ ﴾[١]. والطّلاق الذي هذه صورته هو الطّلاق السني، شرعه الله تعالى لعباده رحمة بهم وتوسعة عليهم وبيّنه رسوله صلّى الله عليه وسلّم. قال الشّيخ محمّد الطّاهر بن عاشور: «أمر الله بهذا الحكم مرتباً على حصول الطّلاق الثّالث بعد طلقتين تقدمتاه، فوجب امتثاله وعلمت حكمته، فلا شك في أن يقتصر به على مورده ولا يتعدى حكمه ذلك إلى كل طلاق عبر فيه المطلق بلفظ الثلاث تغليظاً أو تأكيداً أو كذباً، لأن ذلك ليس طلاقاً بعد طلاقين، ولا تتحق فيه حكمة التأديب على سوء الصنيع[٢]. وما المتلفظ بالثلاث في الطّلاق الأوّل إلا كغير المتلفظ بها في كون طلقته الأولى لا تصير ثانية. وغاية ما اكتسبه مقاله أنّه عد في الحمقى أو الكذابين، فلا يعاقب على ذلك بالتفريق بينه وبين زوجه. وعلى هذا الحكم استمر العمل في حياة رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وأبي بكر وصدر من خلافة عمر كما ورد في كتب الصّحيح»[٣].

ب – إذا ثبت أن صورة الطّلاق المشروع أن يقع مرة بعد مرة كما ورد في القرآن ؛ كانت الصورة الأخرى التي يجمع فيها الطّلاق ثلاثاً بلفظ واحد غير مشروعة. وإن جمهور الفقهاء

---

(١) سورة البقرة، الآية ٢٣٠.

(٢) اقترح بدران أبوالعينين بدران إصدار عقوبة بدنية أو مالية على وجه التعزير لكن من يجمع الطّلاق الثلاث في لفظ واحد، وهو باقتراحه هذا يثبت عدم كفاية اقتراحه الأوّل بأن يأخذ القانون برأي الجمهور في المسألة. (ينظر كتابه الفقه المقارن للأحوال الشخصيّة ٣٥٣ – ٣٥٥) ورأي الأستاذ أبو الأعلى المودودي أنّه لا بد أن تفرض على طلاق المرأة ثلاث تطليقات في آن واحد قيود لا يستطيع النّاس معها الإقدام على هذا الفعل، وقال: «نقترح لهذا مثلاً أن المرأة التي تطلق ثلاث تطليقات في وقت واحد يحل لها رفع دعوى تعويض عن الخسارة وتحدد مقدار التعويض بنصف المهر على الأقل. ويمكن أن تتخذ أشكال أخرى في هذا السبيل يقترحها علماؤنا وخبراء القانون عندنا بعد بحث وتفكير. هذا بالإضافة إلى ضرورة توعية النّاس وتنويرهم وتفهيمهم إلى أن هذا جزاء حتّى يتبصر منهم من يفعلونه لجهلهم وعدم معرفتهم به (ينظر حقوق الزّوجين لأبي الأعلى المودودي: ١٣٧).

(٣) التحرير والتنوير: ج٢/ ٤١٧.

يقرُّون هذا : فالحنفيّة يحرِّمونه[١]. والمالكيّة يكرهونه أشد كراهة[٢] والحنابلة في الرواية الثّانية عن الإمام أحمد يعدونه طلاقاً بدعياً محرماً[٣]. ومع هذا يلزمون المطلق به فتحرم الزوجه به على زوجها حتّى تنكح زوجاً غير مطلقها. وتفسير هذا هو أنهم «غلبوا حكم التغليظ[٤] في الطّلاق سداً للذريعة، ولكن تبطل بذلك الرخصة الشرعيّة والرفق المقصود في (...) قوله تعالى: ﴿ لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْراً ﴾[٥]»[٦].

ومن هنا يكون من الأولى أن يرجع من يحيد غافلاً عن جزء من الشّرع إلى صوابه لأن «الإلزام بالفرقة لمن لم يقم بالواجب مما يسوغ فيه الاجتهاد، لكن تارة يكون حقاً للمرأة كما في العنين والمولى عند جمهور العلماء، والعاجز عن النّفقة عند من يقول به؛ وتارة يقال أنّه حق لله كما في تفريق الحكمين بين الزّوجين عند الأكثرين إذا لم يجعلا وكيلين (...). فالإلزام إما من الشّارع وأما من الإمام بالفرقة إذا لم يقم الزّوج بالواجب هو من موارد الاجتهاد. فلما كان النّاس إذا لم يلزموا بالثلاث يفعلون المحرم؛ رأى عمر إلزامهم بذلك لأنهم لم يلزموا طاعة الله ورسوله مع بقاء النّكاح (...). وهذا فيمن يستحق العقوبة، وأما من لا يستحقها بجهل، أو تأويل فلا وجه لإلزامه بالثلاث»[٧].

---

(١) ينظر المبسوط: ج٦/ ٤.

(٢) ينظر المدوّنة الكبرى: ج٢/ ٦٦ والمنتقى: ج٤/ ٢.

(٣) ينظر المغني: ج٨/ ٢٤٠.

(٤) مما يدل على أن جمهور الفقهاء غلبوا حكم التغليظ في الطّلاق هنا، قول القرطبي الوارد في هذا المبحث: «فمن ضيق على نفسه لزمه». (ينظر الجامع لأحكام القرآن) ج٣/ ٨٥). وكذلك يدل عليه تعليل النووي مذهب الجمهور في المسألة بأن «المطلق قد يحدث له ندم فلا يمكنه تداركه لوقوع البيونة، فلو كانت الثلاث لا تقع لم يقع طلاقه إلا رجعيا فلا يندم» (ينظر شرحه لتحديث رقم ١٤٩٢ في صحيح مسلم).

(٥) سورة الطلاق، الآية ١.

(٦) ينظر بداية المجتهد: ج٢/ ٦٢.

(٧) ينظر مجموعة الفتاوى: ج٣٣/ ١٣.

وقد ضرب الأستاذ علي حسب الله مثلاً لما يتجاوز فيه المرء المشروع فاقتضى الأمر أن يرد عليه ما تجاوز به؛ ما فعله رسول الله صلّى الله عليه وسلّم بمن أوصى بعتق ستة أعبد ليس له مال غيرهم، فأمضى رسول الله عتق الثلث وألغى الزائد. أخرج الإمام مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وأحمد بسندهم إلى عمران بن حصين «أن رجلاً من الأنصار أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم، فدعا بهم رسول الله صلّى الله عليه وسلّم فجزأهم أثلاثاً ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة وقال له قولاً شديداً»[١].

جـ - أن في الحكم اليوم باحتساب الطّلاق الثلاث المجموع في لفظ واحد طلقة واحدة مصلحة للزوجين وأبنائهما، ذلك أن فرصة المراجعة تكون ميسرة أثناء العدة بخلاف الحكم بوقوعه ثلاثاً فإن زوجة تبين به وهي كارهة، وفي الغالب لا يكون الزّوج بقصد مفارقتها ببينونة كبرى[٢]. وفي هذا الحكم حرج وتضييق لأمر جعل الله للناس فيه سعة، وهو سبحانه يقول: ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾[٣]، ويقول: ﴿ يُرِيدُ اللهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾[٤]. وإن مما ينتج عن العمل به أن من النَّاس من يتحايلون لمراجعة زوجاتهم ليشيع الكذب والزور في المجتمع. من أجل هذا كان الأخذ بقول ابن تيمية وتلميذه في المسألة خطوة «للتخلص من مآسي (...) طلاق الثلاث مما يرتكبه جهال الرجال وحمقاهم في ساعات النزاع أو الغضب فيخرجون عن حدود السُّنَّة والمقاصد الأساسية في الطّلاق المشروع، ثم يلتمسون المخرج منه بشتى الحيل والوسائل الدنيئة بعد الوقوع فيما يعرفه أهل العلم»[٥].

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الأيمان رقم الحديث ١٦٨٦٨. وسنن أبي داود: كتاب العتق، رقم الحديث ٣٩٥٨.

(٢) مما يدل على جهل الأزواج بجمعهم الطّلاق الثلاث في كلمة واحدة، أنّه يكفيهم إذا كانوا يرغبون أن تبن منهم أن يطلقوهن مرة واحدة ويتركوهن حتّى تنقضي عدتهن فإنهن يبنَّ منهم بانقضائها.

(٣) سورة الحج، الآية ٧٦.

(٤) سورة البقرة، الآية ٢٨٥.

(٥) ينظر الاجتهاد في الشريعة الإسلام: ١٣٥-١٣٦.

وقد رأى الأستاذ علي حسب الله «من المضار الاجتماعيّة للعمل برأي عمر رضي الله عنه – مع سوء استعمال النَّاس للطَّلاق – ما لا ينجع في علاجه إلا الرجوع إلى ما كان عليه العمل في عهد رسول الله صلّى الله عليه وسلّم، فصدر بمصر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مشتملاً على بعض أحكام الطّلاق، ونص في مادّته الثّالثة على أن «الطّلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة»، وبهذا انقطعت فعلاً حوادث التيس المستعار»[١].

وبالجملة يكون العمل باحتساب الطّلاق الثلاث بلفظ واحد اليوم طلقة واحدة؛ أرفق بالنَّاس وأدعى لاستقرار الأُسرة وأضمن لمصلحة الأبناء. وقد ظهر للدكتور وهبة الزحيلي – وهو يرجح رأي الجمهور في المسألة – أنّه «إذا رجح الحاكم رأياً ضعيفاً صار الحكم هو الأقوى، فإن صدر قانون كما هو الشأن في بعض البلاد العربيّة بجعل هذا الطّلاق واحدة، فلا مانع من اعتماده والإفتاء به، تيسيراً على الناس، وصوناً للرابطة الزوجيّة، وحماية لمصلحة الأولاد، خصوصاً ونحن في وقت قل فيه الورع والاحتياط، وتهاون النَّاس في التلفظ بهذه الصيغة من الطّلاق، وهم يقصدون غالباً التهديد والزجر، ويعلمون أن في الفقه منفذاً للحل ومراجعة الزوجة»[٢].

---

(١) ينظر الفرقة بين الزّوجين: ٤٢.

(٢) الفقة الإسلاميّ وأدلته: ج٧/ ٤١٣.

الفصل الرّابع

الاجتهاد الانتقائيّ في محل الطّلاق وإثباته وأثره

المبحث الأوّل: حكم طلاق الحائض

المبحث الثّاني: حكم طلاق المعتدة

المبحث الثّالث: الاشهاد على الطّلاق

المبحث الرّابع: من يلي الأم في حضانة الأبناء؟



المبحث الأوّل

حكم طلاق الحائض

توطئة:

إذا كان الطّلاق حقاً للرجل خصه الله تعالى بممارسته إذا تعذرت أسباب الوفاق بينه وبين زوجته ؛ فإنّه لا يملك إيقاعه في كل وقت شاء، بل عليه أن يلتزم الوقت المأذون فيه بإيقاعه وهو أن يلتمس طلاقها في طهر لم يقع فيه مسيس. هذا هو طلاق السُّنَّة[١]. فإذا هو طلقها في غير هذه الفترة بأن طلقها في فترة حيضها؛ كان طلاقه بدعياً. ولم يختلف الفقهاء في كونه منهياً عنه، ولكن اختلفوا في احتساب الطلقة التي تقع في الحيض.

أولاً: آراء وأدلة الفقهاء في المسألة:

اختلف الفقهاء في حكم الرّجل يطلق امرأته في وقت حيضها على قولين:

أحدهما: أن طلاقه يقع ويمضي كما لو أوقعه في طهرها، وهو قول الجمهور وفيهم الأئمة الأربعة. فبالنّسبة للمذهب الحنفيّ قال الطحاوي عند حديثه عن أمر رسول الله صلّى الله عليه وسلّم ابن عمر بمراجعة زوجته[٢] – وقد طلقها في فترة حيضها –: «فلما كان النبي صلّى الله عليه وسلّم قد ألزمه الطّلاق في الحيض وهو وقت لا يحل إيقاع الطّلاق فيه (...) لزمه من ذلك ما ألزم به نفسه، وإن كان قد فعل على خلاف ما أمر به، فهذا هو النّظر في هذا الباب»[٣]. وبالنّسبة للمذهب المالكيّ جاء في المدوّنة الكبرى: «قلت: أرأيت إن قال لامرأته

---

(١) ينظر متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني: ١١٥.

(٢) سيأتي ذكره كاملا في هذا المبحث مع تخريجه.

(٣) شرح معاني الآثار: ج ٣/ ٥٦.

وهي حائض أنت طالق للسنة. ليقع عليها الطّلاق وهي حائض أم حتّى تطهر؟ قال: إذا قال الرّجل لامرأته وهي حائض: أنت طالق إذا طهرت. إنها طالق مكانها ويجبر الزّوج على رجعتها فكذلك مسألتك»[١]. وبالنّسبة للمذهب الشافعيّ قال الإمام الشافعيّ: «الطّلاق يقع على الحائض»[٢]. وذكر الماوردي أن «طلاق البعدة في حيض أو في طهر مجامع فيه فهو محظور محرم باتفاق، واختلف في وقوعه مع تحريمه، فمذهبنا أنّه واقع وإن كان محرماً وهو قول الصحابة والتابعين وجمهور الفقهاء»[٣]. وبالنّسبة للمذهب الحنبليّ قال ابن قدامة: «فإن طلقها للبدعة وهو أن يطلقها حائضاً أو في طهر أصابها فيه؛ اثم ووقع طلاقه في قول عامّة أهل العلم»[٤].

مما تفيده هذه الأقوال أن الطّلاق في فترة حيض الزوجة وإن وقع على غير الوجه المأذون به في الشّرع يمضي على مذهب الأئمة فقهاء الأمصار. وإلى هذا القول ذهبت مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة[٥] فقالت في الفصل السّابع والأربعين «إذا وقع الطّلاق والمرأة حائض أجبر القاضي الزّوج على الرجعة». وهذا كما فعل رسول الله صلّى الله عليه وسلّم مع ابن عمر أجبره على مراجعة زوجته إذ طلقها حائضاً، وسيأتي. وإن إجبار القاضي له على رجعتها لا يلغي احتساب الطلقة عليه[٦].

---

(١) المدونة الكبرى: ج٢/ ٤٢٢.

(٢) الأم: ج ٥/ ١٩٣.

(٣) ينظر الحاوي الكبير: ج١٠/ ١١٥.

(٤) المغني: ج٨/ ٢٣٧.

(٥) تميزت مدوّنة الأحوال الشخصيّة بالجرأة في تناول هذه المسألة فإن أغلب قوانين الأحوال الشخصيّة العربية احتبست الحديث عنها.

(٦) يتأكد هذا بقول الأستاذ عبد النبي ميكو: «معنى هذا أن المشرع يعتبر الطّلاق قائما» ينظر كتابه الوسيط في شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة: ج١/ ٤٤٢.

كما ذهب إليه من الفقهاء المعاصرين الشّيخ أبو الشتاء الصنهاجيّ فإنّه نص على أنّه «إذا طلق رجل زوجته وهي بحال حيض أو نفاس فقد فعل حراماً زيادة على كون طلاقه بدعياً، ولكن ينفذ منه ويلزمه ويحسب عليه»[(١)].

واحتجوا بما رواه الشيخان وغيرهما من طريق نافع عن عبد الله بن عمر أنّه طلق امرأته وهي حائض فسأل عمر رسول الله صلّى الله عليه وسلّم عن ذلك فقال له رسول الله: «مُره فليراجعها ثم ليمسكها حتّى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فإن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النّساء»[(٢)]. وقد ورد بنحو هذا اللفظ من طريق أخرى هي طريق سالم بن عبد الله وهي عند الشيخين[(٣)]. ووجه الدّلالة منه أن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أمر ابن عمر رضي الله عنهما بمراجعة زوجته. فكان أمره بذلك – كما قال الماوردي -: «موجباً لوقوع الطّلاق لأن الرجعة لا تكون إلا بعد الطّلاق»[(٤)]. وقال ابن عبد البر: «الدليل على الطّلاق لازم في الحيض أمر رسول الله صلّى الله عليه وسلّم ابن عمر بمراجعة امرأته إذ طلقها حائضاً، ولو لم يكن الطّلاق في الحيض لازماً ما قال له راجعها؛ لأن من لم يطلق ولم يقع عليها طلاق لا يقال فيه راجعها لأنه محال أن يقال لرجل امرأته في عصمته لم يفارقها: راجعها»[(٥)]. وقال الزيلعي: «كان طلاقها في حالة الحيض. والمراجعة بدون وقوع الطّلاق محال»[(٦)].

---

(١) ينظر التدريب على تحرير الوثائق العدلية: ٦١.

(٢) صحيح البخاري: كتاب الطّلاق، رقم الحديث ٥٢٥١. وصحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الطّلاق رقم الحديث ١٤٧١.

(٣) ينظر صحيح البخاري: كتاب تفسير القرآن، رقم الحديث ٤٩٠٨ وكتاب الأحكام، رقم الحديث ٧١٦٠. وينظر أيضاً صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الطّلاق رقم الحديث ١٤٧١ م٥.

(٤) ينظر الحاوي الكبير: ج١٠/ ١١٦.

(٥) التمهيد: ج١٥/ ٥٨.

(٦) تبيين الحقائق: ج٢/ ١٩٣.

والقول الثّاني: إن الطّلاق في الحيض لا يقع. وهو قول ابن حزم وابن تيمية وابن القيم وهم أئمة مشهورون لم يثبت عن أحد منهم أنّه خالف برأيه الشرع. ومع ذلك فإن ابن عبد البر عد من قال بوقوع الطّلاق في الحيض في زمرة أهل البدع والضلال ونعت قولهم في المسألة بالشذوذ فذكر أن «جمهور علماء المسلمين وإن كان الطّلاق عند جميعهم في الحيض بدعة غير سنة فهو لازم عند جميعهم. ولا مخالف في ذلك إلا أهل البدع والضلال والجهل فإنهم يقولون إن الطّلاق لغير السُّنَّة غير واقع ولا لازم. وروي مثل ذلك عن بعض التّابعين وهو شذوذ لم يعرج عليه أهل العلم من أهل الفقه والأثر في شيء من أمصار المسلمين لما ذكرناه»[1].

وربما يأخذ البعض من كلام ابن عبد البر أن قول الجمهور في المسألة مجمع عليه وأن قول غيرهم شاذ لا يعتبر وهو ما رده ابن حزم بقوله: «ادعى بعض القائلين بهذا أنّه إجماع (...) وقد كذب مدعى ذلك لأن الخلاف في ذلك موجود»[2]. ثم صرح بنفيه وقوع الطّلاق في الحيض فقال: «من أراد طلاق امرأة له قد وطئها ؛ لم يحل له أن يطلقها في حيضتها ولا في طهر وطئها فيه[3]، فإن طلقها طلقة أو طلقتين في طهر وطئها فيه أو في حيضتها، لم ينفذ ذلك وهي امرأته كما كانت إلا أن يطلقها كذلك ثالثة أو ثلاثة مجموعة[4]. فيلزم[5]. وبهذا صرح ابن القيم فأعلن أن «المدخول بها فإن كانت حائضاً أو نفساء حرم طلاقها»[6].

---

(١) ينظر التمهيد: ج١٥/ ٥٨-٥٩.

(٢) ينظر المحلي: ج٩/ ٣٧٧ رقم المسألة ١٩٤٥.

(٣) هذا ما يفيد أن ابن حزم وكذا ابن القيم يتفقان مع الجمهور في كون الطّلاق الموقع في الحيض أو في طهر وقع فيه مسيس طلاقاً بدعيا لكن الاختلاف بينهم في وقوعه أو عدمه.

(٤) هذا مبني على قول ابن حزم بوقوع الطّلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاث تطليقات وهي مسألة أخرى (ينظر فيها المحلّى: ج٩/ ٣٨٣).

(٥) المحلّى: ج٩/ ٣٥٨ رقم المسألة ١٩٤٥.

(٦) ينظر زاد المعاد: ج٥/ ٢٢٠-٢٢١.

وأخذ بهذا القول عدد من الفقهاء المعاصرين منهم الشّيخ على الخفيف[١] فإنّه قال: «الأرجح - كما قال ابن القيم - رواية أبي الزبير[٢]، لموافقتها القرآن والقواعد الكلية من أحكام الشريعة واتفاقها مع الحكمة في حرمة الطّلاق في الحيض»[٣]. وعند الشّيخ شلتوت أنّه «لايقع - يعين الطّلاق - والمرأة في حيض أو نفاس»[٤]. وأوضح أنّه «إذا طلقها في طهر مسها فيه فإنّه يكون لغواً ولا تأثير له على الحياة الزوجيّة، وكذلك إذا طلقها في غير طهر»[٥]. وذكر الأستاذ علي حسب الله أن «المدخول بها غير الحامل من ذوات الأقراء - وهي أكثر الزّوجات - فالمشروع في طلاقها أن يكون في طهر لم يمسها الزّوج فيه ولم يطلقها في حيض قبله»[٦]. وخلص الأستاذ علال الفاسيّ إلى أن «جمهور المجتهدين يقولون بلزوم الطّلاق البدعي ودليلهم الوحيد هو فهم كلمة المراجعة في حديث ابن عمر على معناها الاصطلاحي، والقلة تقول بعدم وقوع الطّلاق ودليلهم النّص القرآني: ﴿ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾[٧] ولا يمكن يقيد القرآن بفهم مضطرب ونقل مختلف عن ابن عمر والله أعلم»[٨].

واحتجوا لعدم وقوع الطّلاق في الحيض بالكتاب والسُّنَّة:

١ - فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ﴾[٩] احتجّ به ابن حزم فقال: «نظرنا بيان مراد الله عزّ وجلّ بقوله:

---

(١)

(٢) يعني رواية أبي الزُّبير التي ثبت فيها سماعه سؤال عبد الرحمن بن أيمن مولى عروة عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، وسيأتي حديثه قريبا عند أبي داود كما سيأتي بعده التعريف بأبي الزبير.

(٣) فرق الزَّواج للشيخ على الخفيف: ٣٢.

(٤) ينظر الفتاوى للشيخ شلتوت: ٣١٠.

(٥) ينظر الإسلام عقيدة وشريعة: ١٨١.

(٦) ينظر الفرقة بين الزّوجين: ٢٧.

(٧) سورة الطلاق، الآية ١.

(٨) ينظر التقريب شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة: ٢٣٠.

(٩) سورة الطلاق، الآية ١.

«فطلقوهن لعدتهم» فوجئنا ما رويناه من طريق مسلم نا محمّد بن عبد الله بن نمير نا عبدي الله ابن عمر عن نافع عن ابن عمر قال: «طلقت امرأتي على عهد رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وهي حائض فذكر ذلك عمر لرسول الله صلّى الله عليه وسلّم فقال: «مُره فليراجعها ثم ليدعها حتّى تطهر ثم تحيض حيضة فإذا طهرت فليطلقها قبل أن يجامعها أو يمسكها، فإنّها العدة التي أمر الله أن تطلق لها النّساء[1]. فكان هذا بيان لا يحل خلافه»[2].

وهذا الذي ذكره ابن حزم أخذه من تفسير ابن عباس للآية بأن «لا يطلقها وهي حائض وفي طهر جامعها فيه ولكن يتركها حتّى إذا حاضت وطهرت طلقها تطليقة»[3]. وذكر ابن القيم بعد أن ذكر الآية أنّه «صح عن النبي صلّى الله عليه وسلّم المبين عن الله مراده من كلامه أن الطّلاق المشروع المأذون فيه هو الطّلاق في زمن الطهر الذي لم يجامع فيه أو بعد استبانة الحمل، وما عداها فليس بطلاق للعدة في حق المدخول بها فلا يكون طلاقاً فكيف تحرم المرأة به؟»[4].

٢ – ومن السُّنَّة ما أخرجه أبو داود من طريق عبد الرزاق قال: حدثنا ابن جريج قال: «أخبرني أبو الزبير[5] أنّه سمع عبد الرحمن بن أيمن مولى عروة يسأل ابن عمر – وأبو الزُّبير يسمع – قال: «كيف ترى في رجل طلق امرأته وهي حائض؟ قال: طلق عبد الله بن عمر امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلّى الله عليه وسلّم فسأل عمر رسول الله صلّى الله عليه وسلّم فقال: إن عبد الله بن عمر طلق امرأته وهي حائض. قال عبد الله: فردها عليَّ ولم

---

(١) الحديث سبق تخريجه.

(٢) المحلي: ج٩/ ٣٦٧ رقم المسألة ١٩٤٥.

(٣) جامع البيان: ج١٤/ ١٣١.

(٤) ينظر زاد المعاد: ج٥/ ٢٢٥.

(٥) هو محمّد مسلم بن تدرس الأسدي، مولاهم أبو الزُّبير المكي تكلموا فيه بسبب تدليسه، قال ابن حجر في التقريب: «أبو الزُّبير المكي صدوق إلا أنّه يدلس» توفى سنة ١٢٨هـ. ترجمته في تهذيب التهذيب: ج٩/ ٣٩٠، رقم الترجمة ٧٢٩.

يرها شيئا. وقال: إذا طهرت فليطلق أو يمسك. قال ابن عمر: وقرأ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[١]، (في قبل عدتهن)»[٢]. احتجّ به ابن القيم لإثبات القول بعدم وقوع الطّلاق المحرم[٣]، فعنده أنّه صريح في عدم احتسابه.

ثانياً: مناقشة الأدلة:

١ ـ مناقشة ما احتجّ به الجمهور في المسألة:

- احتجّ الجمهور لقولهم باحتساب الطلقة التي يواجه بها الرّجل امرأته في فترة حيضها بأمر رسول الله صلّى الله عليه وسلّم ابن عمر بمراجعة زوجته إذ طلقها حائضاً، فدل أمره صلّى الله عليه وسلّم عندهم أن طلاقه مضى واحتسب عليه على اعتبار أن الرجعة لا تكون إلا بعد الطّلاق. وتعقبه ابن حزم وابن القيم فنفيا أن يكون أمر رسول الله صلّى الله عليه وسلّم ابن عمر بمراجعة زوجته، مما يستفاد منه أن طلقته قد احتسبت.

أما ابن حزم فرده بأن أمر رسول الله ابن عمر هنا ليس فيه ما يدل على قولهم لأن «ابن عمر – بلا شك – إذ طلقها حائضاً فقد اجتنبها، فإنما أمره عليه الصّلاة والسّلام برفض فراقه لها وأن يراجعها كما كانت قبل، بلا شك»[٤]. وأخذ من أمر رسول الله صلّى الله عليه وسلّم عبد الله بن عمر بمراجعة زوجته أنّه لم يرض ما صنعه فأمره بالعودة إلى زوجته كما لم يقع شيء. وأما ابن القيم فرد قولهم بحمله الأمر بالمراجعة في الحديث على «ثلاثة معان – وذكر منها – الرد الحسي إلى الحالة التي كان عليها أولاً كقوله للنعمان بن بشير لما نحل ابنه غلاماً

---

(١) سورة الطلاق، الآية ١.

(٢) سنن أبي داود: كتاب الطّلاق باب في طلاق السُّنَّة رقم الحديث ٢١٨٥.

(٣) ينظر زاد المعاد: ج٥/ ٢٢٦.

(٤) ينظر المحلّى: ج٩/ ٣٨٢. رقم المسألة ١٩٤٥.

خصه به دون ولده: «رده»[١]. فهذا رد ما لم تصح فيه الهبة الجائزة التي سمّاها رسول الله صلّى الله عليه وسلّم جوراً وأخبر أنها لا تصلح وأنها خلاف العدل (...) ومن هذا قوله لمن فرق بين جارية وولدها في البيع فنهاه عن ذلك[٢]، ورد البيع. وليس هذا الرد مستلزماً لصحة البيع فإنّه بيع باطل، بل هو رد شيئين إلى حالة اجتماعها كما كانا. وهكذا الأمر بمراجعة ابن عمر امرأته ارتجاع ورد إلى حالة الاجتماع كما كانا قبل الطّلاق. وليس في ذلك ما يقتضي وقوع الطّلاق في الحيض البتة»[٣]. لكن هذا الرد من ابن حزم وابن القيم لما أخذه الجمهور من الحديث لم يسلم بدوره من طعن، فقد أجاب عنه الماوردي ووصفه بأنّه تأويل فاسد[٤].

ثم إن الجمهور أيدوا ما استفادوه من هذا الحديث بأمرين اثنين:

أحدهما: أنّه ورد في بعض الأحاديث أن عبد الله بن عمر أخبر باحتساب طلقته، وذلك فيما رواه الشيخان وغيرهما من طريق أبي غلاب يونس بن جبير قال: «قلت لابن عمر: رجل طلق امرأته وهي حائض؟ فقال: تعرف ابن عمر؟ طلق امرأته وهي حائض فأتي عمر النبي صلّى الله عليه وسلّم فذكر ذلك له فأمره أن يراجعها فإذا طهرت فأراد أن يطلقها فليطلقها. قلت: فهل عد ذلك طلاقاً؟ قال: أرأيت إن عجز واستحمق»[٥]. وفي رواية أخرى له أنّه

---

(١) الحديث أخرجه البخاري من طريق ابن شهاب عن حميد بن عبد الرحمن ومحمّد بن النعمان بن بشير أنهما حدثاه عن النعمان بن بشير أن أباه أتى به إلى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم فقال: إن نحلت ابني هذا غلاما فقال: أكل ولدك نحلت مثله؟ قال: لا. قال فارجعه». ينظر صحيح البخاري كتاب الهبة، باب المكافأة في الهبة.

(٢) الحديث أخرجه الترمذي في سننه من حديث أبي أيوب قال: سمعت رسول الله صلّى الله عليه وسلّم يقول: «من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامه». كتاب البيوع، رقم الحديث ١٢٨٣. وأخرجه أبو داود في سننه كتاب الجهاد رقم الحديث ٢٦٩٦.

(٣) ينظر زاد المعاد: ج٥/ ٢٢٨.

(٤) ينظر الحاوي الكبير: ج١٠/ ١١٦.

(٥) صحيح البخاري: كتاب الطّلاق. رقم الحديث ٥٢٥٨. وصحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الطّلاق، رقم الحديث ١٤٧١ م٩.

سأله: «أتعتد بتلك التطليقة؟ فقال: فمه أو إن عجز واستحمق»[١]. وفي رواية ثالثة أن عبد الله بن عمر قال: «فراجعتها وحسبت لها التطليقة التي طلقتها»[٢]. وفي رواية رابعة أنه رضي الله عنه قال: «حسبت علي بتطليقة»[٣]. وفي رواية سادسة من طريق الشعبي: «تحتسب التطليقة التي طلق أول مرة»[٤].

هذا هو الأمر الأوّل الذي دعم به الجمهور قولهم في المسألة فإن الحديث جاء بألفاظ مختلفة هي قول ابن عمر: «أرأيت إن عجز واستحمق»، وقوله: «فمه إن عجز واستحمق» وقوله: «وحسبت لها التطليقة التي طلقتها» وقوله: «حسبت على بتطليقة».

فبالنّسبة للحديث باللفظ الأوّل الذي فيه قوله: «أرأيت إن عجز واستحمق»؛ وكذا باللفظ الثّاني الذي فيه قوله: «فمه أو إن عجز استحمق»؛ فهو وإن لم يكن صريحاً في الدّلالة على أن تطليقة ابن عمر قد احتسبت عليه ؛ فقد تعلّق به الجمهور وحملوه على أن فيه حذفاً قدروه بما يوافق مذهبهم. فذكر ابن عبد البر أن «معنى قوله هذا «أرأيت إن عجز واستحمق» أي: «فأي شيء يكون إذا لم يعتد بها إنكاراً منه لقول أنس[٥] (أفتعتد بها؟) فكأنه والله أعلم

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الطّلاق باب طلاق الحائض بغير رضاها رقم الحديث ١٤٧١م١٢. وسنن الترمذي بلفظ: «قلت: فيعتد بتلك التطليقة؟ قال: فمه، أرأيت إن عجز واستحمق». (ينظر كتاب الطّلاق واللعان، باب ما جاء في طلاق السُّنَّة رقم الحديث ١١٧٥.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الطّلاق باب طلاق الحائض بغير رضاها رقم الحديث ١٤٧١م٦. وسنن النسائي: كتاب الطّلاق، رقم الحديث ٣٣٩١.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الطّلاق، رقم الحديث ٥٢٥٣. وذكر وصله الحافظ ابن حجر في تغليق التعليق: ج٤/ ٤٣٤.

(٤) هذا طرف من حديث عند الدارقطني في سننه، والبيهقي في سننه أيضاً ج٧/ ٣٦٢ ونصه: «طلق ابن عمر امرأته واحدة وهي حائض، فانطلق عمر إلى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم فأخبره، فأمره أن يراجعها ثم يستقبل الطّلاق في عدتها، وتحتسب التطليقة التي طلق أول مرة». وقد صحح الشّيخ الألباني الحديث من هذه الطريقة وقال: «وهذا إسناد صحيح رجاله ثقات على شرط الشيخين». (ينظر إرواء الغليل: ج٦/ ١٣١).

(٥) يعني أنس بن سيرين لورود اسمه كاملا في الحديث الذي أخرجاه.

قال: وهل من ذلك بد أن تعتد بها؟ أرأيت لو عجز؟ بمعنى: تعاجز عن فرض آخر من فرائض الله فلم يقمه، أو استحمق فلم يأت به أكان يعذر فيه؟ ونحو هذا من القول والمعنى»[(١)]. وذهب الخطابي إلى أن «في الكلام حذفاً. أي: أرأيت إن عجز استحمق أيسقط عنه الطّلاق حمقه أو يبطله عجزه؟ وحذف الجواب لدّلالة الكلام عليه»[(٢)]. وقال ابن حجر في بيان معناه: «أي فما يكون إن لم يحتسب؟ ويحتمل أن تكون الهاء أصيلة وهي كلمة تقال للزجر، أي: كف عن هذا الكلام فإنّه لا بد من وقوع الطّلاق بذلك»[(٣)].

بهذا أول الجمهور جواب ابن عمر: «أرأيت إن عجز واستحمق». أولوه بما يوافق قولهم باحتساب تطليقة ابن عمر في الحيض. وقد تعقبه ابن حزم وابن القيم. أما ابن حزم فنفى أن يكون في جواب ابن عمر هنا بيان أن تلك الطلقة احتسبت عليه وذكر أن «الشرائع لا تؤخذ بلفظ لا بيان فيه، بل قد يحتمل أن يكون أراد الزجر عن السّؤال عن هذا الإخبار بأنّه عجز واستحمق في ذلك. والأظهر فيها هذه صفته أن لا يعتد به وأنه سقطة من فعل فاعله لأنه ليس في دين الله تعالى حكم نافذ يستحمق الحاكم به ويعجز، بل كل حكم في الدّين فالمنفذ له مستغفل كيس»[(٤)]. وأما ابن القيم فلم يختلف رده تأويل الجمهور لجواب ابن عمر عمّا رده به ابن حزم فاستبعد أن يكون في جواب ابن عمر بيان أن تطليقته احتسبت عليه لأنه «لو كان رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قد حسبها عليه واعتد عليه بها؛ لم يعدل عن الجواب بفعله وشرعه إلى: أرأيت؟ وكان ابن عمر أكره ما إليه أرأيت، فكيف يعدل للسائل عن صريح السُّنَّة إلى لفظة: أرأيت الدالة على نوع من الرأي سببه عجز المطلق وحمقه عن إيقاع الطّلاق على الوجه الذي أذن الله له فيه؟»[(٥)].

---

(١) ينظر التمهيد: ج١٥/ ٦٢.

(٢) معالم السنن: ج٣/ ٢٠٢ رقم الحديث ١٠٦٧.

(٣) فتح الباري: ج١٠/ ٤٤٣ عند شرح الحديث رقم ٥٢٥٢.

(٤) ينظر المحلّى: ج٩/ ٣٨٠ رقم ١٩٤٥.

(٥) ينظر زاد المعاد: ج٥/ ٢٢٨-٢٢٩.

وبالنّسبة للرواية الثّالثة للحديث التي فيها قول ابن عمر: «فراجعتها وحسبت لها التطليقة التي طلقتها». وكذا الرواية الرّابعة التي فيها قوله: «حسبت علي بتطليقة» فقد نفى ابن حزم وابن القيم أيضاً أن تكونا صريحتين في الدّلالة على احتساب تطليقة ابن عمر لأنه ليس فيهما أن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم هو الذي احتسبها عليه لبناء الفعل فيهما للمجهول مما يبعد معه الحسم في أن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم هو الذي حسبها فتقوم به الحجة وتحرم مخالفته[1].

لكن ابن حجر خالفهما فيما قالاه وعد هاتين الروايتين واضحتين في أن الذي حسب تطليقة ابن عمر هو رسول الله صلّى الله عليه وسلّم لأن حديثاً فيه «قول الصحابي: أمرنا بكذا؛ فإن ذاك محله حيث يكون إطلاع النبي صلّى الله عليه وسلّم هو الأمر بالمراجعة وهو المرشد لابن عمر فيما يفعل إذا أراد طلاقها بعد ذلك»[2].

وهذا الذي بنى عليه ابن حجر جوابه هنا صحيح في الحكم برفع الحديث الذي يرد فيه قول الصحابي أمرنا رسول الله صلّى الله عليه وسلّم بكذا ونحوه من الألفاظ[3]. لكن أين في حديث ابن عمر بألفاظه المذكورة وردت هذه الصيغة؟ لعلّ جمهور الفقهاء ومعهم ابن حجر اعتمدوا في نسبة احتساب طلقة ابن عمر إلى رسول الله على رواية ابن ذؤيب عن نافع عن ابن عمر أنّه طلق امرأته وهي حائض فأتى عمر النبي صلّى الله عليه وسلّم فذكر ذلك له فجعلها واحدة[4]. فإنّه جاء فيها ذكر احتساب الطلقة فألزم به ابن حجر مخالفيه في المسألة بتصريحه بأن «هذا نص في موضع الخلاف فيجب المصير إليه»[5].

---

(١) ينظر في الرد على الاحتجاج بحديث ابن عمر هذين اللفظين المحلّى: ج٩/ ٣٨٠ رقم: ١٩٤٥، وزاد المعاد: ج٥/ ٢٢٩.

(٢) ينظر فتح الباري: ج١٠/ ٤٤٤ عند شرح الحديث رقم ٥٢٥٣.

(٣) ينظر للتوسع في هذه الألفاظ علوم الحديث لابن الصلاح: ٤٣-٤٦.

(٤) سنن الدارقطني: كتاب الطّلاق ج٢/ ٨ رقم ٣٨٦٧.

(٥) ينظر فتح الباري: ج١٠/ ٤٤٤ عند شرح الحديث رقم ٥٢٥٣.

ولم تصح عند ابن حزم نسبة هذه الزيادة إلى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وذكر أنّه «صح يقيناً أنها من كلام النبي لكان معناه: وهي واحدة أخطأ فيها ابن عمر»[١]. وأيضاً لم يتأكد ابن القيم من نسبتها إليه عليه الصَّلاة والسَّلام وقال: «لا ندري أقالها ابن وهب من عنده أم لا يتيقن أنّه من كلامه ويشهد به عليه وترتب عليه الأحكام ويقال هذا من عند الله بالوهم والاحتمال. والظاهر أنها من قول من دون ابن عمر رضي الله عنه، ومراده بها أن ابن عمر إنما طلقها طلقة واحدة ولم يكن ذلك منه ثلاثاً، أي طلق ابن عمر رضي الله عنه امرأته واحدة على عهد رسول الله صلّى الله عليه وسلّم فذكره»[٢]. ومع هذا الشك في صحة نسبتها إلى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم فإن البعض تمسك بها في بناءَ حكم في المسألة[٣].

ورجح الشّيخ أحمد محمّد شاكر[٤] أن يكون قوله «هي واحدة»، «إنما يراد به الطلقة التي ستكون في الطهر الثّاني من قبل العدة لأنّها أقرب مذكور إلى الضمير، بل أنّه لم يذكر غيرها في اللفظ النبوي الكريم، وطلقة الحيض أشير إليها فيه فقط وفهمت من سياق الكلام، فلا

---

(١) ينظر المحلّى: ج٩/ ٣٨١ رقم المسألة: ١٩٤٥.

(٢) زاد المعاد: ج٥/ ٢٣٧.

(٣) لا شك أن ابن القيم قال في شأن تلك الزيادة «لا ندري أقالها ابن وهب من عنده أم ابن أبي ذئب أم نافع». تواضع منه إذ لم يجزم بنسبتها إلى أحد. وقد تعجب الشّيخ الألباني من صنيعه وتعقبه بقوله: «في هذا الكلام صواب وخطأ؛ أما الصواب هو اعترافه بكون هذه اللفظة نص في المسألة يجب التسليم بها والمصير إليها. وأما الخطأ، فهو تشككه في صحتها ورده لها بدعوى أنّه لا يدري أقالها ابن وهب من عنده. وهذا شيء عجيب من مثله، لأن من المتفق عليه بين العلماء أن الأصل قبول رواية الثقة كما رواها، وأنه لا يجوز ردها بالاحتمالات والتشكيك، وأن طريق المعرفة هو التصديق بخبر الثقة» - وذكر من تابع ابن وهب على هذا الحديث - ثم أضاف قوله: «وكل هذه الروايات مما لم يقف عليها ابن القيم رحمه الله تعالى، وظني أنّه لو وقف عليها لتبدد الشك الذي أبداه في رواية ابن وهب، ولصار إلى القول مما دل عليه الحديث من الاعتداد بطلاق الحائض، والله تعالى هو الموفق والهادي إلى سبيل الرشاد» (ينظر إرواء الغليل ج٦/ ١٣٣-١٣٤).

(٤) هو الشّيخ أحمد محمد شاكر أحد العلماء بالحديث والتفسير، عين رئيسا للمحاكم الشرعيّة العليا بمصر. توفى سنة ١٩٥٨. ترجمته في الأعلام، ح١/ ٢٥٣.

يمكن أن يعود الضمير إليها. ويكون معنى قوله: هي واحدة ؛ إن طلق كما أمر كانت طلقة واحدة ولا تكون طلقة ثانية لعدم الاعتداد بالأولى التي كانت لغير العدة فتكون هذه الرواية مؤيدة لرواية أبي الزُّبير ودليلاً على بطلان الطّلاق في الحيض»[1]. وهذا الذي قاله يؤيد مذهب ابن حزم وابن القيم في هذه المسألة.

والأمر الثّاني: أن عبد الله بن عمر أفتى باحتساب الطلقة التي تقع في الحيض. أورده ابن عبد البر في التمهيد[2]، وأكد به مذهب الجمهور في المسألة. ويدل عليه ما أخرجه البخاري معلقاً والإمام مسلم وأبو داود عن نافع قال: «كان عبد الله بن عمر إذا سئل عن ذلك قال لأحدهم: إذا أنت طلقت امرأتك وهي حائض مرة أو مرتين فإن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أمر بهذا، وإن كنت طلقتها ثلاثاً فقد حرمت عليك حتّى تنكح زوجاً غيرك وعصيت الله فيما أمرك به من طلاق امرأتك»[3].

يظهر من هذا أن جمهور الفقهاء جعلوا فتوى ابن عمر في هذه المسألة حجة على من خالفهم فذكر ابن عبد البر أن «الدليل على أنّه قد اعتد بها ورآها لازمة له، أنّه كان يفتي أن من طلق امرأته ثلاثاً في الحيض لم تحل له. ولو جاز أن تكون الطلقة الواحدة في الحيض لا يعتد بها؛ لكانت الثلاث أيضاً لا يعتد بها، وهذا ما لا إشكال فيه عند كل ذي فهم»[4]. وصرح الماوردي بعد أن ذكر الحديث بأن هذا «نص في وقوع الطّلاق في الحيض لا يتوجه عليه ذلك التأويل المعلول»[5].

---

(١) ينظر نظام الطّلاق في الإسلام: ٤٩.

(٢) ينظر التمهيد: ج١٥/ ٦٠.

(٣) أخرجه البخاري معلقا في صحيحه؛ كتاب الطّلاق باب من قال لامرأته أنت علي حرام، ومسلم في صحيحه بشرح النووي كتاب الطّلاق رقم الحديث ١٤٧١م١. وأبو داود في سننه: كتاب الطّلاق رقم الحديث ٢١٨٤.

(٤) ينظر التمهيد: ج١٥/ ٦٢-٦٣.

(٥) ينظر الحاوي الكبير: ج١٠/ ١١٦.

لكن تعقب هذا ابن حزم بأن الرواية عن ابن عمر هنا قد عارضها ما هو أحسن منها عنه، وذكر قول نافع في الرّجل يطلق امرأته وهي حائض: «لا يعتد بذلك»[١]. ويؤيده قول عامر الشعبي: «إذا طلق امرأته وهي حائض لم يعتد بها في قول ابن عمر عن النبي صلّى الله عليه وسلّم»[٢]. فإذا ثبت هذا لزم أن تتقدم رواية ابن عمر على الرواية عنه في المسألة.

٢ ـ مناقشة أدلة الفريق الثاني في المسألة:

- احتجّ الفريق الثّاني الذين قالوا بعدم وقوع الطّلاق في الحيض بحديث أبي الزُّبير أن عبد الله بن عمر قال: «إن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم رد عليه طلقته التي أوقعها في الحيض ولم يرها شيئاً». وأكد الاحتجاج به ابن القيم فأورد ما رد به الموقعون للطلاق في الحيض الاستدلال بهذا الحديث على عدم احتسابه. ولخصه في أمرين أحدهما أن أبا الزُّبير ليس حجة[٣]. والثاني أنّه خالف بحديثه هذا من هو أثبت منه وإلى هذا يشير أبو داود بقوله: «الأحاديث كلها على خلاف ما قال أبو الزبير[٤]. وذكر الخطابي أن «حديث يونس بن جبير أثبت من هذا. يعني قوله: «مُره فليراجعها»، وقوله: «أرأيت إن عجز واستحمق؟ قال: فمه»[٥]. وهو أيضاً قول ابن عبد البر: «هذا لم يقله أحد عنه غير أبي الزبير، وقد رواه عنه جماعة جلة فلم يقل ذلك واحد منهم، وأبو الزُّبير ليس بحجة فيما خالفه فيه مثله فكيف بخلاف من هو أثبت منه؟»[٦]. وكذلك قال الماوردي: «وأما استدلالهم بقول ابن عمر: (فردها علي ولم يرها شيئاً)؛ فضعيف لتفرد أبي الزُّبير به ومخالفة جميع الرواة فيه»[٧]. فقد اجتمعت هذه الأقوال لرد الحديث بسبب أبي الزُّبير المكي.

---

(١) ينظر المحلّى: ج ٩/ ٣٧٥ رقم ١٩٤٥

(٢) ذكره ابن عبد البر في التمهيد: ج١٥/ ٦٦.

(٣) سبق ذكره ترجمته.

(٤) ينظر سنن أبي داود: كتاب الطّلاق، رقم الحديث ٢١٨٥.

(٥) ينظر معالم السنن: ج٣/ ٢٠٣ عند شرح الحديث رقم ١٠٦٨.

(٦) التمهيد: ج١٥/ ٦٥-٦٦.

(٧) الحاوي الكبير: ج١٠/ ١١٧.

وأجاب ابن القيم عن ردهم الحديث من جهته بأنّه قول غير سليم على إطلاقه، لأن «أبا الزُّبير غير مدفوع عن الحفظ والثقة، وإنّما يخشى من تدليسه، فإذا قال: سمعت أو حدثني؛ زال محذور التدليس وزالت العلة المتوهمة»[١]. وهو كما قال، فإن أهل الحديث يقبلون من حديث أبي الزُّبير ما صرح فيه بالسماع[٢]. وإن حديثه هذا يرويه بالسماع فلم يبق وجه لرده. ويؤيده أن ابن حجر قال فيه: «إنه على شرط الصّحيح»[٣].

كما أجاب عن قولهم إن الأحاديث كلها على خلاف رواية أبي الزُّبير وقولهم: أنّه قد روى من هو أثبت في ابن عمر من غيره على خلافها؛ بأن ليس في واحد منها ما يفيد أن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم حسب على ابن عمر طلقته[٤]، بل إنها «مجملة لا بيان فيها»[٥].

ويمكن رد دعوى أبي داود بغير هذا الذي ردها به ابن القيم، فقد ورد عند غير واحد من العلماء من طريق سعيد بن جبير عن ابن عمر أنّه طلق امرأته وهي حائض فردها عليه رسول الله صلّى الله عليه وسلّم حتّى طلقها وهي طاهر[٦].

ثالثاً: سبب الاختلاف:

بالتأمل في الأدلة التي احتجّ بها الفريقان في المسألة يظهر أن اختلافهم في احتساب الطلقة التي تقع في فترة حيض الزوجة يرجع إلى اختلافهم فيما يستفاد من أمر رسول الله

---

(١) ينظر زاد المعاد: ج٥/ ٢٢٦.

(٢) ذكر ابن عدي عدداً من العلماء حدّثوا عن أبي الزُّبير المكي منهم شعبة بن الحجاج ومالك بن أنس وعلق على روايتهم عنه بقول: «روى مالك عن الزُّبير أحاديث، وكفى بأبي الزُّبير صدقا أن حدث عنه مالك فإن مالكاً لا يروي إلا عن ثقة» (ينظر الكامل في الضعفاء: ج٦/ ٢١٣٧).

(٣) فتح الباري: ج١٠/ ٤٤٥ شرح الحديث رقم ٥٢٥٣.

(٤) زاد المعاد: ج٥/ ٢٢٧-٢٢٨.

(٥) المصدر نفسه: ج ٥/ ٢٢٩.

(٦) سنن أبي داود: كتاب الطّلاق، رقم الحديث ٣٣٩٨ وشرح معاني الآثار: ج٢/ ٣٠.

صلّى الله عليه وسلّم عبد الله بمراجعة زوجته ؛ فالجمهور أخذوا منه أن الطلقة قد احتسبت لأن المراجعة لا تكون إلا بعد الطّلاق. بينما حمله المانعون من وقوع الطّلاق في الحيض على عدم الوقوع لعدم التّصريح فيه باحتسابها. وذكر ابن القيم سبباً آخر لاختلافهم فيها هو أن حديث ابن عمر ورد بألفاظ صحيحة لكنها مضطربة. قال: «الألفاظ قد اضطربت عن ابن عمر في ذلك اضطراباً شديداً، وكلها صحيحة عنه، وهذا يدل على أنّه لم يكن عنده نص صريح عن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم في وقوع تلك الطلقة والاعتداد بها. وإذا تعارضت تلك الألفاظ نظرنا إلى مذهب ابن عمر وفتواه فوجدناه صريحاً في ذلك. فقد اجتمع صريح روايته وفتواه على عدم الاعتداد، وخالف في ذلك ألفاظ مجملة مضطربة كما تقدم بيانه. وأما قول ابن عمر رضي الله عنه: «ومالي لا أعتد بها»، وقوله: «أرأيت إن عجز واستحمق»؛ فغاية هذا أن يكون رواية صريحة عنه بالوقوع ويكون عنه روايتان»[1].

رابعاً: الترجيح:

يتبين من خلال ما استدل به الفريقان في المسألة، أن أدلتهم تدور على حديث واحد هو حديث ابن عمر إذ طلق امرأته حائضاً. وهو حديث صحيح، لكن اضطرب رواته في الحكم على طلقته، فمنهم من روى عنه احتسابها، ومنهم من روى عنه عدم الاعتداد بها، وأدلّة الفريقين معاً في المسألة صحيحة، خلافاً لما ذكره الدكتور وهبة الزحيلي أن أدلّة الفريق الثّاني – يعني الذي لا يرى احتساب الطلقة التي يوقعها الزّوج في فترة حيض زوجته – ضعيفة[2].

وإنه إذا تتبعنا الطرق الصّحيحة التي جاء منها الحديث مرفوعاً، وقابلنا الروايات التي فيها الاعتداد بطلقة ابن عمر بتلك التي فيها خلاف ذلك ؛ وجدناها متساوية من حيث

---

(١) سنن أبي داود: كتاب الطّلاق، رقم الحديث ٣٣٩٨ وشرح معاني الآثار: ج٥/ ٢٣٦.

(٢) ينظر الفقه الإسلاميّ وأدلته: ج٧/ ٤٠٥.

عددها. وتتقوى الرواية التي فيها الحكم بالاعتداد بورود ثلاثة أحاديث موقوفة تدل على الحكم نفسه[١].

لكنه بالنظر إلى عدّة أمور يترجح القول بعدم احتساب الطلقة التي يوقعها الزّوج في فترة حيض زوجته وهي:

١ – إن الوقت المأذون فيه بالطّلاق في قوله تعالى: ﴿ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾[٢]؛ محدد بالوقت الذي يصلح أن تبتدئ فيه العدة فلا يجوز تجاوزه. وهو ما فسر به القرطبي الآية فقال: «قوله: ﴿ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ أي في عدتهن، أي في الزمان الذي يصلح لعدتهن»[٣]. وضبطه رسول الله صلّى الله عليه وسلّم بفترة طهر الزوجة إذا لم يقع فيها مسيس في حديث ابن عمر رضي الله عنهما بقوله: «ليمسكها حتّى تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النّساء»[٤]. وقد أوضح ابن حجر في بيان معنى قوله: (فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النّساء) أنّه يعني «أذن، وهذا بيان لمراد الآية وهي قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾[٥]»[٦].

وبناءً على هذا، يكون المطلق لغير العدة مطلقاً في غير الوقت المأذون فيه شرعاً بالطّلاق فلا يعتبر طلاقه. وهو ما رجحه الشوكاني بقوله: «المطلق في حالة الحيض أو الطهر الذي وطيء فيه لم يطلق لتلك العدة التي أمر الله بتطليق النّساء لها كما صرح بذلك الحديث المذكور

---

(١) من أجل هذا رجح الشّيخ الألباني الرواية التي فيها الحكم باحتساب الطلقة التي يوقعها الرّجل في فترة حيض زوجته (ينظر إرواء الغليل: ج٦/ ١٣٢-١٣٣).

(٢) سورة الطلاق، الآية ١.

(٣) ينظر الجامع لأحكام القرآن: م٩ ج١٨/ ١٠١.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) سورة الطلاق، الآية ١.

(٦) فتح الباري: ج١٠/ ٤٤١ عند شرح الحديث رقم ٥٢٥١.

في الباب[١]. وقد تقرّر في الأصول أن الأمر بالشيء نهي عن ضده. والمنهي عنه نهياً لذاته أو لجزئه أو لوصفه اللازم يقتضي الفساد، والفساد لا يثبت حكمه»[٢]. وزاد الصنعاني أن مما ينبني عليه القول بعدم وقوع الطّلاق في الحيض أنّه «مسمّى ومنسوب إلى البدعة، وكل بدعة ضلالة، والضلالة لا تدخل في نفوذ حكم شرعيّ ولا يقع به، بل هي باطلة»[٣].

٢ – إن الله تعالى بين في قوله سبحانه: ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾[٤]، الصورة التي ينبغي أن يكون عليها الفراق وهي أن يكون خالياً من قصد الضرر بالمطلقة، وهو ما وصفه القرآن بأنّه «تسريح بإحسان». وليس من التسريح بإحسان أن يطلق الزّوج زوجته في وقت حيضها[٥]. ومن أجل هذا تغيظ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم من فعل ابن عمر رضي الله عنهما وأرجعه إلى الصواب بأن أمره بأن يحترم الوقت المأذون فيه بالطّلاق حتى يكون مسرحاً زوجته بإحسان. فثبت أنّه لا يقبل من الطّلاق إلا ما وافقت صورته الشرع.

---

(١) يعني حديث ابن عمر الوارد في هذه المسألة.

(٢) نيل الأوطار: ج٦/ ٢٢٦.

(٣) ينظر سبل السلام: ج٣/ ١٤٣٤.

(٤) سورة البقرة، الآية ٢٢٩.

(٥) تعد فترة الحيض فترة قلق تمر بها المرأة بحيث يتغير مزاجها ويضطرب طبعها في الغالب حتّى تضطر أحيانا إلى الانشغال بنفسها فقط ولا تقدر أن تقوم بأي عمل، فإذا طلقها زوجها أثناءها فإنّه ربما يكون طلقها بسبب هذه الحالة وما تفرضه عليه من بعد أو تنافر، فكانت هذه الفترة غير صالحة للطلاق. قال الأستاذ أبو الأعلى المودودي مبينا علة منع الرّجل من طلاق زوجته أثناء حيضها: «وعلةُ هذا أمران: إن النّساء عامّة أثناء فترة الحيض يكن سقيبات المزاج مكدرات النفس ويقع في أجسادهن من التغير ما يجعلهن يأتين بما لا يقبله حين طهرهن وسلامة طبعهن، وهذه حقيقة طبية (...) لهذا حظر الطّلاق الذي يتسبب فيه نزاع قام بين الزوجة وزوجها وقت الحيض. والثاني أن العلاقة الجنسية بين الزّوجين لا تتم خلال فترة الحيض، وهي وسيلة هامة لخلق الود والدفء بينهما، ولا يستبعد أن يوجد بين الزّوجين خلال حيض المرأة اشمئزاز وعدم تفاهم وانسجام ومن المتوقع بعد زوال هذه العقبة أن تعود العواطف الجميلة والمشاعر الرقيقة الصافية (...) فيطير ذلك الغبار والقتم الذي كان يدفعهما صوب الطّلاق» (ينظر حقوق الزّوجين: ٥١).

٣ – إن في الحكم بعدم وقوع الطّلاق في الحيض تيسيراً على الزّوجين ورفقاً بأبنائهما. ذلك أن من سبق أن طلق زوجته مرتين ثم راجعها فإنّه إذا طلقها مرة أخرى في فترة حيضها، فإنّها على قول من يحتسبون الطلقة التي تقع في فترة الحيض، تحرم عليه حتّى تنكح زوجاً غيره[1]. وأما على قول من لا يحتسبونها، فإن زوجته تبقى في عصمته لأنه لم يطلقها على الوجه المأذون به في الشرع. و«هذا الحكم الشرعيّ قد هجر في الحياة العملية»[2].

٤ – إن القول بعدم احتساب الطلقة التي تقع في الحيض إن كان فيه من مخالفة، فإن ما ينتج عنها من أضرار يقل عن الأضرار التي يفضي إليها القول باحتسابها. وهو ما أوضحه الشّيخ أحمد محمّد شاكر بقوله: «إذا طلق رجل امرأته على غير الوجه المأذون فيه كأن طلقها وهي حائض – مثلاً – فإنّه إذا أفتاه من يقول ببطلان هذا الطّلاق وكان مفتيه مخطئاً في نفس الأمر، كان هناك محظور واحد محرم وهو معاشرة الرّجل امرأة حرمت عليه. وإذا أفتاه من يقول بوقوع هذا الطّلاق وكان مخطئاً في نفس الأمر، كانت المحظورات أربعة. **أولاً**: تحريم المرأة الحلال لزوجها. **ثانياً**: إباحة تزوجها لآخر وهي في عصمة الأول. **ثالثاً**: إذا تزوجت آخر عاشرته حراماً لبطلان زواجها. **رابعاً**: معاشرة رجل لامرأة وهي عصمة رجل آخر. وارتكاب أخف الضررين هو الاحتياط بداهة وهو الفتوى بعدم الوقوع»[3].

---

(١) ينظر نظام الطّلاق في الإسلام: ٦٣.

(٢) ينظر التعليق على قانون الأحوال الشخصيّة: ج١/ ٢٧١.

(٣) نظام الطّلاق في الإسلام: ٦٣.

المبحث الثاني

طلاق المعتدة

توطئة:

قيد ابن أبي زيد القيرواني طلاق السُّنَّة بأن «لا يتبع (الرجل) طلقته طلاقاً حتّى تنقضي العدة»[١]. فيؤخذ عن طريق المفهوم من هذا القيد أن الطّلاق إذا أوقعه الرّجل في فترة عدّة زوجته لم يكن مطلقاً للسنة. وهذه المسألة تناولها الفقهاء قديماً.

أولاً: آراء وأدلة الفقهاء في المسألة:

اختلف الفقهاء في الرّجل يطلق امرأته طلقة مرة ثانية أو ثالثة في عدتها، هل يقع طلاقه أم لا على قولين:

أحدهما أن طلاقه يقع، وهو مذهب الجمهور وفيهم الأئمة الأربعة على اختلاف بينهم في كونه طلاق سنة أو بدعة، فعند الحنفيّة والشّافعيّة هو طلاق سنيّ. قال الزيلعيّ: «تطليقها ثلاثاً متفرقة في ثلاثة أطهار حسن وسني»[٢]. وقال الماوردي: «إذا أراد أن يطلقها ثلاثاً فالأولى والمستحب أن يفرقها في ثلاثة أطهار فيطلقها في كل طهر واحدة»[٣]. فأفادا لزوم الطّلاق في مذهبهما في كل طهر من أطهار العدة. بينما هو عند الإمامين مالك وأحمد ليس طلاقاً سنياً. جاء في المدوّنة الكبرى أن «طلاق السُّنَّة أن يطلق الرّجل امرأته تطليقة واحدة

---

(١) ينظر متن الرسالة: ١١٥.

(٢) تبيين الحقائق: ج٢/ ١٩٠.

(٣) الحاوي الكبير: ج١٠/ ١٦٠.

طاهراً من غير جماع ثم يتركها حتّى يمضي لها عدتها ثلاثة قروء ولا يتبعها في ذلك طلاقاً»[١]. وحكى ابن قدامة عن الإمام أحمد أن «طلاق السُّنَّة واحدة ثم يتركها تحيض ثلاث حيض»[٢]. فيفهم من هذين القولين أن من طلق امرأته في المرة الأولى في طهرها ثم أتبعه طلقة ثانية في طهرها الثّاني؛ لا يكون مطلقاً للسنة.

لكنهم مع اختلافهم في سنيته اتّفقوا على وقوعه. وهو ما يؤكده ابن رشد بقوله «لا خلاف بينهم في وقوع الطّلاق المتبع»[٣]. وجاء التّصريح به في أقوالهم. فذكر الكاساني أن «المعتدة يلحقها صريح الطّلاق تنجيزاً»[٤]. وجاء في المدوّنة الكبرى: «قلت: فإن هو طلقها ثلاثاً أو عند كل طهر واحدة حتّى طلق ثلاث تطليقات أيلزمه ذلك في قول مالك؟ قال: نعم»[٥]. وقال ابن قدامة: «ولو طلقها ثلاثاً في ثلاثة أطهار كان حكم ذلك حكم جمع الثلاث في طهر واحد»[٦]. فأفاد أنّه يستوي عنده الطّلاق في العدة والطّلاق الثلاث بلفظ واحد، وهو طلاق بِدْعِيٌّ يقع عند الإمام أحمد ثلاثاً[٧]. ظاهر هذه الأقوال أن الطّلاق في العدة ورد بعدة صيغ منها أن يتبع من يطلق امرأته طلقة أخرى على الفور، وأن يطلقها في فترة عدتها، وأن يطلقها ثلاثاً عند كل طهر واحدة. وهي تفيد جميعها معنى واحداً هو احتساب الطّلاق الذي يقع في العدة.

وبهذا القول أخذت مجموعة من قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة فجاء في المادّة السّادسة والثمانين من قانون الأحوال الشخصيّة السوري أن «محل الطّلاق المرأة التي في نكاح

(١) المدونة الكبرى: ج٢/ ٤١٩.

(٢) المغني: ج٨/ ٢٣٦.

(٣) بداية المجتهد: ج٢/ ٦٤.

(٤) ينظر بدائع الصنائع: ج٣/ ١١٥.

(٥) المدونة الكبرى: ج٢/ ٤١٩.

(٦) ينظر المغني: ج٨/ ١٢٨.

(٧) ينظر الصدر نفسه: ج٨/ ٢٤٣ و ٤٠٧.

صحيح أو المعتدة من طلاق رجعي». وجاء في الفقرة الثّالثة من المادّة السّابعة والثلاثين من قانون الأحوال الشخصيّة العراقي أن «المطلقة ثلاثاً متفرقات تبين من زوجها بينونة كبرى». وتوضيح هذه الفقرة أنّه «إذا أوقع الرّجل على زوجته وهو أهل لإيقاع الطّلاق ثلاث طلقات متفرقات فإنّها تبين منه بينونة كبرى. ولا يشترط تفرق المجلس في ذلك»[1]. وجاء في الفصل الخامس والأربعين من مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة أن «محل الطّلاق المرأة التي في نكاح صحيح أو المعتدة من طلاق رجعي، ولا يصح على غيرهما الطّلاق ولو معلقاً». وجاء في الفقرة ـ أ ـ من المادّة الثّالثة والثلاثين من قانون الأُسرة الليبي رقم ١٠ لسنة ١٩٨٤ أنّه «لا يقع الطّلاق على الزوجة إلا إذا كانت في زواج صحيح أو معتدة من طلاق رجعي». فهذه النّصوص صريحة في وقوع الطّلاق في العدة.

واحتجّ أصحاب هذا القول لوقوع الطّلاق في العدة بالكتاب والسُّنَّة والمعقول:

١ - فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾[2]؛ أخذوا منه جواز تفريق التطليقات التي يملكها الزّوج على أطهار العدة الثلاثة. قال الكاساني: «قوله عزّ وجلّ: ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾؛ أي في أطهار عدتهن وهو الثلاث في ثلاثة أطهار؛ كذا فسره رسول[3] الله صلّى الله عليه وسلّم[4]. وكذلك قال الجصاص: «وقوله تعالى: ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ منتظم للواحدة والثلاث مفرقة في الأطهار، لأن إدخال اللام يقتضي ذلك كقوله تعالى: ﴿ أَقِمِ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ إِلَى غَسَقِ اللَّيْلِ ﴾[5]، قد انتظم فعلها مكرراً عند الدلوك، فدل ذلك

---

(١) ينظر أحكام الأحوال الشخصيّة في العراق: ٩٢.

(٢) سورة الطلاق، الآية ١.

(٣) يريد الكاساني قوله صلّى الله عليه وسلّم في حديث ابن عمر رضي الله عنهما: «أخطأت السُّنَّة ما هكذا أمرك ربك، إن من السُّنَّة أن تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل طهر تطليقة». وسيأتي مناقشة قول الكاساني وغيره ممن ساروا على قوله عند مناقشة حجتهم من السُّنَّة النبوية.

(٤) بدائع الصنائع: ج٣/ ٩٤.

(٥) سورة الإسراء، الآية ٧٨.

على معنيين؛ أحدهما إباحة الثلاث مفرقة في الأطهار وإبطال قول من قال: إيقاع الثلاث في الأطهار المتفرقة ليس من السُّنَّة (...). والثاني تفريقها في الأطهار، وحظر جمعها في طهر واحد»[١].

٢- ومن السُّنَّة قوله صلّى الله عليه وسلّم لابن عمر حين بلغه أنّه طلق زوجته وهي حائض: «إنك أخطأت السُّنَّة. ما هكذا أمرك ربك، إن من السُّنَّة أن تستقبل الطهر استقبالاً فتطلقها لكل طهر تطليقة». وبهذا اللفظ أورده الكاساني في بدائعه وقال: «فسر رسول الله صلّى الله عليه وسلّم الطّلاق للعدة بالثلاث في ثلاثة أطهار والله عزّ وجلّ أمر به»[٢]. فدل الحديث بهذا اللفظ على إباحة الطّلاق عند كل طهر من أطهار العدة، حتّى إذا قضت المطلقة أطهارها الثلاث يكون زوجها قد جمع لها خلالها ثلاث طلقات تبين بها منه فلا تحل له من بعد حتّى تنكح زوجاً غيره.

وأما المعقول فقد ذكر الكاساني أن النّكاح عقد مصلحة إلا أنّه قد يخرج من أن يكون كذلك لعدّة أسباب فتصير المصلحة في الطّلاق، لأن «الشرع والعقل يدعوانه إلى النظر، وذلك في أن يطلقها طلقة واحدة رجعية (...) فإن علم أنّه لا يمكن الصبر عنها يراجعها، وإن علم أنّه يمكنه الصبر عنها، يطلقها في الطهر الثّاني ثانياً ويجرب نفسه، ثم يطلقها فيخرج نكاحها من أن يكون مصلحة ظاهراً أو غالباً لأنه لا يلحقه الندم غالباً. فأبيحت الطلقة الواحدة أو الثلاث في ثلاثة أطهار»[٣].

والقول الثّاني: أن طلاق المعتدة لا يقع، وهو قول ابن تيمية، فعنده أن من طلق زوجته قبل انتهاء عدتها «يكون قد طلقها قبل الوقت الذي أذن الله تعالى فيه، ويكون قد طول عليها التربص وطلقها من غير حاجة به إلى طلاقها»[٤].

---

(١) أحكام القرآن للجصاص: ج١/ ٤٥٣.

(٢) بدائع الصنائع: ج٣/ ٨٩.

(٣) بدائع الصنائع: ج٢/ ٩٥.

(٤) الفتاوى الكبرى: ج٣/ ٢٨٧ رقم المسألة: ٥٤٦.

وبهذا القول أخذ مشروع القانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة فاشترط لإيقاع الطّلاق في النّكاح الصّحيح أن لا تكون المرأة معتدة، فقال في المادّة التسعين: «لا يقع الطّلاق على الزوجة إلا إذا كانت في زواج صحيح وغير معتدة». وجاء في مذكرته الإيضاحية أن اللّجنة التي وضعت هذا المشروع «أخذت في هذه الناحية بالاجتهادات التي لا تجيز إرداف الطّلاق على المعتدة. وهي اجتهادات لها أدلتها القوية من المنقول والمعقول»[١]. وأيضاً أخذت بهذا القول وثيقة الكويت للأحوال الشخصيّة ونصت عليه في المادّة السّابعة والثمانين.

وأخذ به من الفقهاء المعاصرين الشّيخ محمود شلتوت[٢]؛ والأستاذ علال الفاسيّ والأستاذ علي حسب الله؛ فعند الشّيخ شلتوت أنّه «لو أوقع طلاقاً في طهر لم يتصل بها فيه ثم أوقع عليها طلقة أخرى في الطهر نفسه؛ لا تقع تلك الطلقة الثّانية»[٣]. ووصف الأستاذ علال الفاسيّ هذا الرأي بأنّه «رأي قريب للعقل وأدعى للقبول»[٤]. وخلص الأستاذ علي حسب الله بعد بحثه في المسألة إلى أنّه «لا يكون هناك وجه لوقوع الطّلاق على المعتدة»[٥].

ومما احتجوا به من المنقول قوله تعالى: ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾[٦] ففيه أنّه سبحانه «خيَّره بين الرجعة وبين أن يدعها تقضي العدة فيسرحها بإحسان، فإذا طلقها ثانية قبل انقضاء العدة لم يمسك بمعروف ولم يسرح بإحسان»[٧].

---

(١) ينظر المجلة العربيّة للفقه والقضاء: ع٢/ ١١٢.

(٢) الشيخ شلتوت يفتي في الطّلاق البدعي كله كالطّلاق الثلاث بلفظ واحد والذي يقع في العدة أو الحيض بعدم الوقوع فيقول: «والرأي لنا أنا لا نفتي ولا نحكم بوقوع طلاق إلا إذا كان مجمعا من الأئمة على وقوعه، فإن الحياة الزوجيّة ثابتة بيقين، وما يثبت لا يرفع إلا بيقين مثله، ولا يقين في طلاق مختلف فيه». (ينظر كتابه الفتاوى: ٣١٠).

(٣) للشيخ شلتوت الفتاوى: ٣١٠.

(٤) ينظر التقريب شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة: ٢٢٠.

(٥) ينظر الفرقة بين الزّوجين: ٦٠.

(٦) سورة الطلاق، الآية ٢.

(٧) ينظر الفتاوى الكبرى: ج٣/ ٢٥٠ رقم المسألة: ٥٤٥.

وأما ما احتجوا به من المعقول فذكَّرهم أن الله تعالى أباح الطّلاق «إنما أباح منه ما يحتاج إليه النَّاس كما تباح المحرّمات للحاجة، فلهذا حرمها بعد الطلقة الثّالثة حتّى تنكح زوجاً غيره عقوبة له لينتهي الإنسان عن إكثار الطّلاق. فإذا طلقها؛ لم تزل في العدة متربصة ثلاثة قروء وهو مالك لها، يرثها وترثه، وليس له فائدة في تعجيل الطّلاق قبل وقته كما لا فائدة في مسابقة الإمام. ولهذا لا يعتد بما فعله قبل الإمام بل تبطل صلاته إذا تعمد ذلك في أحد قولي العلماء[1] وهو لا يزال معه في الصلاة حتّى يسلم»[2].

ثانياً: مناقشة الأدلة:

أمّا احتجاج الفريق الأوّل الذين يمضي عندهم الطّلاق في العدة ويقع بقوله تعالى: ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾[3]؛ فرده ابن تيمية بأن ليس في الآية ما يفيد قولهم أو يدل عليه لأن قوله ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾، يدل على أنّه لا يجوز إرداف الطّلاق للطلاق حتّى تنقضي العدة أو يراجعها لأنه إنما أباح الطّلاق للعدة أي لاستقبال العدة، فمتى طلقها الثّانية والثّالثة قبل الرجعة بنت على العدة ولم تستأنفها باتفاق جماهير المسلمين»[4].

وأما احتجاجهم بحديث ابن عمر؛ فإنّه يرد عليه أن الحديث باللفظ الذي أورده به الكاساني ضعيف[5] يخالف روايته الصّحيحة عند البخاري ومسلم، وفيها أمر رسول الله

---

(١) أورد ابن رشد اختلاف الفقهاء فيمن رفع رأسه قبل الإمام فذكر أن «الجمهور يرون أنّه أساء ولكن صلاته جائزة، وأنه يجب عليه أن يرجع فيتبع الإمام، وأن قوما ذهبوا إلى أن صلاته تبطل للوعيد الذي جاء في ذلك» (ينظر بداية المجتهد: ج١/ ١٥٤).

(٢) الفتاوى الكبرى: ج٣/ ٢٨٧.

(٣) سورة الطلاق، الآية ١.

(٤) المصدر نفسه: ج٣/ ٢٤٩ رقم المسألة ٥٤٥.

(٥) روى الحديث البيهقي في سننه باللفظ الذي أورده به الزيلعي من طريق شعيب بن زريق أن عطاء الخرساني حدثهم عن الحسن قال: نا عبد الله بن عمر... وذكر الحديث (ينظر السنن الكبرى: ج٧/ ٣٣٠).
وهو بهذا السند ضعيف لأن فيه عطاء الخرساني وشعيب بن زريق. فأما عطاء فهو عثمان عطاء بن أبي مسلم الخرساني، قال فيه ابن حجر: «صدوق يهم كثيراً ويرسل ويدلس»، (ينظر تقريب التهذيب: ج٢/ ٢٣ رقم ١١٩. وأما شعيب فهو أبو شيبة الشامي، قال فيه ابن حجر: «صدوق يخطئ»، (ينظر تقريب التهذيب: ج١/ ٣٢٥ رقم ٧٨).

صلّى الله عليه وسلّم ابن عمر بمراجعة زوجته وإمساكها حتّى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس[1]. ولم يرد فيه إذن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم بطلاق الزوجة عند كل طهر من أطهار العدة. ولا يخالف أحد في أن الرواية الصّحيحة للحديث حجة على الضعيفة. فيضعف بهذا ما احتجوا به من السُّنَّة.

وأما احتجاجهم بالمعقول أن الزّوج «إن علم أنّه يمكن الصبر عن [زوجته] يطلقها في الطهر الثّاني»[2]؛ فيرد عليه أن من أصر على أن تبين منه زوجته؛ فإن الذي يقتضيه العقل أن يترك زوجته مطلقة تقضي عدتها، فإنّها بانقضائها تبين منه.

ثالثاً: سبب الاختلاف:

يرجع سبب اختلاف الفقهاء في المسألة إلى اختلافهم فيما يشترط في الطّلاق «هل من [شرطه] أن يكون في حالة الزوجيّة بعد رجعة أم ليس من شرطه؟ فمن قال: هو من شرطه قال: لا يتبعها فيه طلاقاً، ومن قال: ليس من شرطه أتبعها الطّلاق»[3].

رابعاً: الترجيح:

يظهر من خلال عرض رأيي الفقهاء وأدلتهم في المسألة أن القول الرّاجح فيها هو القول بعدم وقوع الطّلاق في العدة لما يلي:

١-مخالفة الطّلاق في العدة للوجه المأذون به شرعاً لإيقاع الطّلاق في قوله تعالى: ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾. فقد فسره رسول الله صلّى الله عليه وسلّم بأن يطلق الزّوج زوجته في وقت وحال يصلح أن يبتدأ فيهما في العدة. وأوضح عليه الصّلاة والسّلام أنها «العدة التي أمر الله أن تطلق لها النّساء»[4]. وأوضح ابن حجر أن معنى قوله ﴿ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾: «عند ابتداء

---

(١) ورد تخريجه في مبحث طلاق الحائض.

(٢) ينظر بدائع الصنائع: ج٢/ ٩٥.

(٣) ينظر بداية المجتهد: ج٢/ ٦٣-٦٤.

(٤) هذا طرف من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

شرَّعهن في العدة»[١]. فيظهر أن من يردف طلاق زوجته تطليقة ثانية أو ثالثة في فترة عدتها لا يكون مطلقاً على الوجه المأذون به في الشّرع بل يكون متعدياً حدود الله التي رسمها في هذا الشأن. ونهى عن تجاوزها وتوعد بالعقاب على مخالفتها في قوله سبحانه: ﴿ وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعْتَدُواْ وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلاَ تَتَّخِذُواْ آيَاتِ اللّهِ هُزُواً ﴾[٢]. ولقد ختم سبحانه آيات الطّلاق في هذه السورة بقوله: ﴿ تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾[٣].

٢- إن الله تعالى شرع الطّلاق لرفع الضرر الذي ينتج عن الشقاق بين الزّوجين حين يتحول التوافق بينهما إلى تنافر، والمودة إلى عداوةٍ ويعسر الإصلاح بينهما. وقد نبه ابن قدامة على حصول هذا فقال: «ربما فسدت الحال بين الزّوجين فيصير بقاء النّكاح مفسدة محضة وضرراً مجرداً بإلزام الزّوج النّفقة والسكنى وحبس المرأة مع سوء العشرة والخصومة الدّائمة من غير فائدة، فاقتضى ذلك ما يزيل النّكاح لتزول المفسدة الحاصلة منه»[٤]. ولم يشرعه سبحانه ليضر به زوج زوجته. وإن في طلاق المعتدة ضرراً بها ينبغي رفعه، كما أن فيه مخالفة للشرع؛ لأن الذي أباحه الله لمن يعزم الطّلاق أن يطلق زوجته طلاقاً رجعياً لا أن يردف طلقته التي تعتد منها زوجته طلقة أخرى. قال ابن تيمية: «والله تعالى قصرهم على الطّلاق الثلاث دفعاً لهذا الضرر كما جاءت بذلك الآثار، ودل على أنّه مستقراً عند الله أن العدة لا تستأنف بدون رجعة سواء كان ذلك لأن الطّلاق لا يقع قبل الرجعة، أو يقع ولا يستأنف له العدة»[٥].

وإنه بالتأمل في الطّلاق الذي يوقعه الزّوج في فترة عدّة مطلقته؛ يظهر أنّه عار من أي فائدة اللهم إلا أن يزيد الزّوج إلى إيلام زوجته الذي حصل بطلاقها الأوّل؛ إيلاماً آخر في

---

(١) ينظر فتح الباري: ج١٠/ ٤٣٦ شرح الحديث رقم ٥٢٥١.

(٢) سورة البقرة، الآية ٢٢٩.

(٣) سورة البقرة، الآية ٢٢٧.

(٤) ينظر المغني: ج٨/ ٤٣٦-٢٣٤.

(٥) ينظر الفتاوى الكبرى: ج٣/ ٢٤٩ رقم المسألة ٥٤٥.

فترة عدتها، ببيان إصراره على عدم رغبته في مراجعتها. وإنه إذا كان الزّوج يقصد منه أن تبين منه؛ فإنّه يكفيه أن يترك عدتها تنقضي ليحصل ذلك. من أجل ذلك وجب دفع الضرر عنها بعدم اعتبار طلاقه الذي يوقعه في العدة. وقد أوضح الأستاذ علي حسب الله أنّه «لا فرق بين جمع الثلاث في طهر واحد وتفريقها في ثلاثة أطهار، فإن تفريقها لفظاً في ثلاثة أطهار لا يخرج الفرقة الواقعة بين الزّوجين عن كونها فرقة واحدة لأن الفرقة بينهما حقيقة معنوية لها وجود خارجي يتحقق بالطلقة الواحدة، ومتى وجدت لم يتأت إيجادها مرة أخرى إلا بعد إعادة الزوجيّة بالمراجعة لأن إيجاد الموجود ـ كإعدام المعدوم ـ محال عقلاً. ومتى كانت الفرقة الواقعة واحدة؛ فاعتبارها أكثر من ذلك سواء أكانت بلفظ يقع في طهر واحد أم في عدّة أطهار مخالف لقوله تعالى: ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ﴾[1]، وداخل في حكم قوله صلّى الله عليه وسلّم: (أيلعب بكتاب الله عزّ وجلّ[2] وأنا بين أظهركم؟)[3].

وخلص الأستاذ علال الفاسيّ إلى أن «المعتدة ولو طلاق رجعي فلا سبيل إلى تطليقها إلا بعد ارتجاعها، وهو ما روي عن ابن مسعود وعبد الرحمن بن عوف والزُّبير، وذهب إليه جماعة من فقهاء قرطبة واختاره ابن تيمية، وعلَّلوه بأن الطّلاق دفع للضرر، والسُّنَّة فيه أن يكون رجعياً، ولا حاجة لإيقاعه أثناء العدة لأنه لا ضرر فيها ولا حاجة تدعو إليه. وهو سد الغاية المقصودة من قوله تعالى: ﴿ لَعَلَّ اللهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْراً ﴾[4] وهو رأي قريب للعقل وأدعى للقبول خصوصاً وأن الفقهاء أجمعوا على أن إرداف الثّالثة في العدة حرام، وإرداف الثّانية مختلف فيه بين الكراهة والحرمة»[5].

---

(١) سورة البقرة، الآية ٢٢٩.

(٢) الحديث أخرجه النسائي بسنده إلى محمود بن لبيد قال: «أخبر رسول الله صلّى الله عليه وسلّم عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا، فقام غضبان ثم قال: أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم!؟ حتّى قام رجل وقال: يا رسول الله ألا أقتله؟» (ينظر سنن النسائي: كتاب الطّلاق، رقم الحديث ٣٤٠١).

(٣) ينظر الفرقة بين الزّوجين: ٣٢ـ٣٣.

(٤) سورة الطلاق، الآية ١.

(٥) ينظر التقريب شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة: ٢٢٠.

٣- إن في القول باحتساب الطلقة التي يوقعها الزّوج في فترة عدّة زوجته إخلالاً ببعض المقاصد والحكم التي من أجلها شرع الله العدة ومنها التحقق من براءة الرحم وترك فرصة للزوج كي يراجع زوجته خلالها[1] لقوله تعالى: ﴿ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا ﴾[2]. وأوضح هذا الشّيخ الطّاهر بن عاشور بقوله: «العدة قصد منها تحقيق براءة رحم المطلقة من الحمل وانتظار الزّوج لعله يرجع، فبراءة الرحم تحصل بحيضة واحدة وطهر واحد، وما زاد عليه تمديد في المدّة انتظارا للرجعة»[3].

---

(١) ينظر مقاصد تشريع العدة في كتاب إعلام الموقعين: ج٢/ ٧٥-٧٦.

(٢) سورة الطلاق، الآية ١.

(٣) التحرير والتنوير: ج٢/ ٣٩١.

المبحث الثالث

الإشهاد على الطّلاق

توطئة:

من المعلوم أن للطلاق آثاراً تترتب عليه، منها حقوق تخص المرأة، وإن الاستفادة منها تحتاج إلى إقرار الزوج، لكن قد يحصل أن ينكر الطّلاق أحد الزّوجين فلا يجد الآخر ما يثبته به. ومن هنا ذهب بعض الفقهاء إلى وجوب توثيقه.

أولاً: آراء الفقهاء وأدلتهم في المسألة:

اختلف الفقهاء في حكم الإشهاد على الطّلاق على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنّه مندوب إليه وهو مذهب الجمهور وفيهم الأئمة أبو حنيفة ومالك والشافعيّ وأحمد في أحد قوليه[١]. ورد التّصريح بهذا الحكم عند الحنفيّة في قول الكاساني: «ومعلوم أن الإشهاد على الفرقة ليس بواجب بل هو مستحب»[٢]. وعند المالكيّة في قول أبي بكر ابن العربيّ: «والإشهاد يجب على الرجعة دون الطّلاق»[٣]. وعند الشّافعيّة في قول الإمام الشافعيّ: «ينبغي لمن راجع أن يشهد شاهدين على الرجعة لما أمر الله تعالى به من الشهادة»[٤].

---

(١) ينظر المغني: ج٨/ ٤٨٢.

(٢) بدائع الصنائع: ج٣/ ١٨١.

(٣) أحكام القرآن لابن العربيّ: ج٢/ ٢٦٨.

(٤) الأم: ج٥/ ٢٦١.

فظاهرة أن الإشهاد يجب على المراجعة، ويؤخذ منه بالمفهوم أنّه في غيرها ليس بواجب[١]. وهو ما يؤكده قول الماوردي عند ذكره حجة الشافعيّ في المسألة: «ثم تجب في الطّلاق»[٢]. وأيضاً قول الشيرازي: «يجب الإشهاد على الرجعة دون الطّلاق»[٣].

وإلى هذا القول ذهب ابن تيمية فذكر أن «الطّلاق أذن فيه ولم يأمر فيه بالإشهاد»[٤]. وعلى هذا، كان العمل عند ابن عمر رضي الله عنه وبعض التابعين. وروى البيهقي عن نافع قال: «طلق ابن عمر رضي الله عنه امرأته صفية بنت أبي عبيد تطليقة أو تطليقتين، فكان لا يدخل عليها إلا بإذن، فلما راجعها أشهد على رجعتها ودخل عليها»[٥]. وروى عبد الرزاق عن الزهري أنّه قال: «دخوله رجعة ولكن ليشهد»[٦]. وروى أيضاً عن عطاء أنّه قال: «دخوله رجعة ولكن ليشهد إذا علم ليرجع إلى السُّنَّة»[٧]. وقال البخاري في ترجمة الباب الأوّل من كتاب الطّلاق: «طلاق السُّنَّة أن يطلقها طاهراً من غير جماع ويشهد شاهدين»[٨]. وبين ابن حجر أن قوله هنا: «ويشهد شاهدين»؛ «مأخوذ من قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ

---

(١) القول باستحباب الإشهاد على الطّلاق هو المروي عن الإمام الشافعيّ في الجديد فإنّه كان يقول بوجوبه في القديم. قال الصنعاني عند قوله تعالى: (وأشهدوا ذوي عدل منكم): «وظاهر الأمر وجوب الإشهاد وبه قال الشافعيّ في القديم. وكأنه استقرّ مذهبه على عدم وجوبه». ينظر سبل السلام: ج٣/ ١٤٦٣.

(٢) الحاوي الكبير: ج١٠/ ٣١٩.

(٣) المهذب مع شرحه المجموع: ج٨/ ٤٨٢.

(٤) مجموعة الفتاوى: ج٣٣/ ٢٣.

(٥) السنن الكبرى للبيهقي: ج٧/ ٣٧٣.

(٦) مصنف عبد الرزاق: ج٦/ ١٣٦ رقم ١٠٢٥٩.

(٧) المصدر نفسه: ج٦/ ١٣٧ رقم ١٠٢٥٩.

(٨) صحيح البخاري: كتاب الطّلاق باب قول الله تعالى: (يا أيها النبي إذا طلقتم النّساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة)، وطلاق السُّنَّة أن يطلقها من غير جماع ويشهد شاهدين: ج٦/ ١٩٩.

عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ وهو واضح، وكأنه لمح بما أخرجه ابن مردويه[١] عن ابن عباس قال: «كان نفر من المهاجرين يطلقون لغير عدّة ويراجعون بغير شهود» فنزلت»[٢].

واحتجّ أصحاب هذا القول بما يلي:

١ - قوله تعالى: ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾[٣]. حملوا الأمر بالإشهاد فيه على أنّه واجب في المراجعة دون المفارقة، فقال الجصاص: «لم يختلف الفقهاء في أن (...) الفرقة تصح وإن لم يقع الإشهاد عليها ويشهد بعد ذلك، وقد ذكر الإشهاد عقيب الفرقة ثم لم يكن شرطاً في صحتها (...) ولا يشك أحد في وقوع الطّلاق بغير بينة»[٤].

وقال القرطبي: «قوله تعالى: ﴿ وَأَشْهِدُوا ﴾؛ أمر بالإشهاد على الطّلاق. وقيل على الرجعة. والظاهر رجوعه إلى الرجعة لا إلى الطّلاق»[٥].

وأبدوا قولهم بعدم وجوب الإشهاد على الطَّلاق بأنه لم يرد الأمر به في السنة النبوية على كثرة وقوعه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم. فكان مندوباً إليه احتياطياً للزوجين ونفياً للتهمة عنهما إذا علم الطلاق ولم تعلم الرجعة، أو لم يعلم الطلاق والفراق، فلا يؤمن الشاهد بينهما[٦].

---

(١) هو أبو بكر أحمد موسى بن مردويه الأصبهاني صاحب التفسير والتاريخ وغير ذلك مات لست بقين من رمضان سنة ٤١٠هـ ترجمته في تذكرة الحفاظ: ج٢/ ١٠٥٠ رقم ٩٦٥.

(٢) فتح الباري: عند شرح الحديث رقم ٥٢٥١.

(٣) سورة الطلاق، الآية ٢.

(٤) أحكام القرآن للجصاص: ج٣/ ٤٥٥-٤٥٦.

(٥) الجامع لأحكام القرآن: ج١٨/ ١٠٤.

(٦) أحكام القرآن للجصاص: ج٣/ ٤٥٦.

والقول الثّاني: إن الإشهاد واجب في الطّلاق دون المراجعة، وهو مذهب الإمامية[١]. فإن الإشهاد عندهم ركن من أركان الطّلاق. جاء في فروع الكافي عن أبي جعفر عليه السلام قال: «يشهد رجلين إذا طلق وإذا رجع، فإن جهل فغشيها فليشهد الآن على ما صنع وهي امرأته. فإن كان لم يشهد حين طلق فليس طلاقه بشيء»[٢]. وجاء فيه عن أبي عبد الله عليه السلام في الذي يراجع ولم يشهد: «يشهد أحب إلي، ولا أرى بالذي صنع بأساً»[٣]. ظاهر هذين النصين أنّه يجب الإشهاد على الطّلاق دون المراجعة. واستغرب التفريق بينهما الشّيخ أحمد محمّد شاكر وذكر أنّه لا دليل لهم عليه[٤].

وبهذا القول أخذت بعض قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة؛ فجاء في المادّة الخامسة مكرر المضافة بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ من قانون الأحوال الشخصيّة المصري أن «على المطلق أن يوثق إشهاد طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثين يوماً من إيقاع الطّلاق». فحددت هذه المادّة مدّة زمنية يجب على الزّوج خلالها أن يوثق طلاقه تبتدئ من يوم[٥] طلق زوجته. وجاء في الفصل الثمانين من مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة أنّه «إذا سمع الشاهدان الطّلاق سجلاه». ففي الفصل بيان الإجراء الإداري المتبع عند الطّلاق، فكان

---

(١) فرقة من فرق الشيعة، يطلق عليها أيضاً الإثنا عشرية «يرون الإمامة تكون في ذرية فاطمة الزهراء من الحسين، بعد مقتل الحسين رضي الله عنه. والإمامة محصورة عندهم في اثني عشر، ويسمون الأوصياء لأن كل واحد تولى الإمامة بالوصاية عمن قبله». (ينظر تاريخ المذاهب الإسلاميّة للشيخ أبو زهرة: ج١/ ٥٢ و ج٢/ ٥١-٥٢).

(٢) ينظر فروع الكافي للكيليني: كتاب الطّلاق، باب الإشهاد على الرجعة ج٦/ ٧٣.

(٣) ينظر المصدر نفسه: ج٦/ ٧٢.

(٤) ينظر نظام الطّلاق في الإسلام: ٨٥.

(٥) جاء في المذكرة الإيضاحية أن هذه المادّة «قضت بترتيب آثار الطّلاق من تاريخ وقوعه إلا إذا أخفاه الزّوج عن الزوجة فلا تترتب آثاره من حيث الميراث والحقوق الماليّة الأخرى إلا من تاريخ علمها به». (ينظر تشريعات الأحوال الشخصيّة للمسلمين: ٤٥).

الزّوج ملزما بتوثيق طلاقه عند الشاهدين[١]. وجاء في الفقرة (ب) من المادّة الخامسة والثلاثين من القانون الليبي رقم ١٠ لسنة ١٩٨٤ أنّه «يوثق الطّلاق الذي يقع باتفاق الطرفين لدى المحكمة المختصة».

وذهب إلى هذا القول من الفقهاء المعاصرين الشّيخ أبو شتاء الصنهاجيّ، فإنّه قال عند شرحه قول الناظم:

طلاقاً ثلاثاً في الزمام لتكتبن / / . «يعني الطّلاق الثلاث أي وكذلك ما دونه يكتبه العدل في كناشه زيادة على الرسم الذي يكتبه لصاحب الحق، لأنهما قد يذهبان بعد ذلك لعدلين آخرين فيشهدان بالطّلاق الذي هو تمام الثلاث ولا يذكرانه للشاهدين فلا مفهوم للثلاث حينئذ»[٢]. وبهذا أفتى فقهاء سوس بالمغرب، فنقل الشّيخ المختار السوسي[٣] عنهم قولهم: «إن الطّلاق لا بد في ثبوته من عدلين»[٤]. ولم ير الشّيخ محمّد عبده إثبات الطّلاق إذا لم يكن موثقاً وقال: «لا يصح الطّلاق إلا إذا وقع أمام القاضي أو المأذون بحضور شاهدين، ولا يقبل إثباته إذا لم يكن بوثيقة رسمية»[٥]. ووصف الشّيخ أبو زهرة هذا الرأي بأنّه «معقول المعنى يوجبه التنسيق بين إنشاء الزّواج وإنهائه، فإن حضور الشاهدين شرط في الإنشاء فيجب أن يكون شرطاً في الإنهاء»[٦].

---

(١) جاء في قرار المجلس الأعلى للقضاء بالمغرب عدد ٢ قضية رقم ٦١٤٤٦، بتاريخ ٩ يناير ١٩٧٧: أن «كل طلاق سواء من الزّوج ووكيله أو من فرض له ذلك أو الزوجة إن ملكت هذا الحق؛ لا بد من الإشهاد به أمام عدلين منتصبين للإشهاد. وحيثما يتفق الزوجان ويتراضيان على فسخ هذا الميثاق مقابل عوض تعطيه الزوجة يجب الإشهاد على التراضي».

(٢) مواهب الخلاق: ج٢/ ٣٨٢.

(٣) هو الشّيخ محمّد بن المختار بن على بن أحمد الإليغي السوسي، من أشهر علماء منطقة سوس بالمغرب، وهو أحد أعضاء اللّجنة التي كلفت بتدوين الفقه الإسلاميّ. توفى سنة ١٩٦٣. ترجمته في الأعلام: ج٧/ ٩٢-٩٣.

(٤) ينظر المجموعة الفقهيّة في الفتاوى السوسية جمع وترتيب محمّد المختار السوسي: ١٧٣-١٧٥.

(٥) الأعمال الكاملة للشيخ محمّد عبده: ج٢/ ١٢٦.

(٦) ينظر الأحوال الشخصيّة: ٣٩٢.

- والقول الثّالث: إن الإشهاد واجب على الطّلاق والرجعة معاً. وهو مذهب ابن حزم، فإنّه صرح بأن «من راجع ولم يشهد فليس مراجعاً»[١]. واحتجّ بالآية نفسها التي احتجّ بها من خالفوه في هذه المسألة، وهي قوله تعالى: ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾[٢]. وأخذ منها أن الله تعالى لم يفرق بين «المراجعة والطّلاق والإشهاد فلا يجوز إفراد بعض ذلك عن بعض، وكان من طلق ولم يشهد ذوي عدل متعدياً لحدود الله تعالى»[٣].

ظاهر قوله هذا أنّه حمل الأمر بالإشهاد في الآية على الوجوب في الفرقة والمراجعة معاً، وهو ما حمله عليه أيضاً الشّيخ أحمد محمّد شاكر فذكر أن «قوله: ﴿ وَأَشْهِدُواْ ﴾ راجع إلى الطّلاق وإلى الرجعة معاً، والأمر للوجوب لأنه مدلوله الحقيقي، ولا ينصرف إلى غير الوجوب كالندب إلا بالقرينة، ولا قرينة هنا تصرفه عن الوجوب، بل القرائن هنا تؤيد حمله على الوجوب لأن الطّلاق عمل استثنائي يقوم الرّجل - وهو أحد طرفي العقد - وحده سواء أوافقته المرأة أم لا (...) فمن أشهد على طلاقه فقد أتى بالطّلاق على الوجه المأمور به، ومن أشهد على الرجعة فكذلك. ومن لم يفعل فقد تعدى حد الله الذي حده له فوقع عمله باطلاً، لا يترتب عليه أي أثر من آثاره»[٤].

ثانياً: مناقشة الآراء:

يظهر من هذه الآراء أنها تجتمع على الاحتجاج بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللهَّ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللهَّ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ

---

(١) ينظر المحلى: ج١٠/ ٢٥١.

(٢) سورة الطلاق، الآية ٢.

(٣) ينظر المصدر نفسه.

(٤) ينظر نظام الطّلاق في الإسلام: ٨٤-٨٥.

اللهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْراً فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾[١]. وإنّما وقع اختلاف الفقهاء فيما يرجع إليه الأمر بالإشهاد فيه؛ فعند الجمهور أنّه يرجع إلى المراجعة، لهذا كان مذهبهم وجوب الإشهاد عند المراجعة دون الفرقة، وعند الإمامية أنه يعود على الطّلاق فكان الإشهاد واجباً عندهم على الفرقة وحدها، وعند ابن حزم أنّه يرجع إليهما معاً، فكان الإشهاد عنده واجباً فيهما معاً[٢].

يثبت من هذا أن هذه الآراء تتفق على وجوب الإشهاد على الرجعة وتختلف في حكم الإشهاد على الطّلاق، وإذا نحن حكّمنا السُّنَّة النبوية في المسألة فإنا لا نجد شيئاً أثر عن النبي صلّى الله عليه وسلّم في اشتراط الإشهاد لصحة الطّلاق، وإنّما نجد الطّلاق كان يقع على عهده عليه الصّلاة والسّلام إذا تلفظ به الزّوج وأوقعه على وجهه المشروع. فقد ثبت أن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم طلق ابنة الجون لما استعاذت بالله منه وواجهها بقوله: «الحقي بأهلك»[٣]، فوقع طلاقه. وأمر عمر بن الخطاب أن يبلغ ابنه عبد الله بأن يراجع زوجته التي طلقها في حيضها حتّى إذا طهرت فأراد أن يطلقها فليطلقها»[٤]. فدل أنّه إذا طلقها بعد طهرها وقع طلاقه من غير أن يشهد عليه. وقال صلّى الله عليه وسلّم: «إن الله تجاوز عن أمتي ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تتكلم»[٥]. فأفاد أن الرّجل إذا حدث نفسه بطلاق زوجته فليس بشيء حتّى يتلفظ بالطّلاق، فإذا تلفظ به لزمه.

---

(١) سورة الطلاق، الآية ١، ٢.

(٢) هذا ظاهر قول ابن حزم وإن خص حديثه على الإشهاد على الرجعة فقال: «فإن راجع ولم يشهد فليس مراجعاً لقول الله تعالى: (فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم).

(٣) صحيح البخاري كتاب الطّلاق رقم الحديث ٥٢٥٤.

(٤) تخريجه في مبحث طلاق الحائض.

(٥) صحيح البخاري: كتاب الطّلاق رقم الحديث ٥٢٦٩. وصحيح مسلم بشرح النووي كتاب الإيمان رقم الحديث ١٢٧.

ويؤيد وقوعه من غير إشهاد قوله صلّى الله عليه وسلّم: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النّكاح والطّلاق والرجعة»[١]. فإنّه يفيد أن من يواجه امرأته بالطّلاق على الوجه المأمور به في الشّرع مجداً أو هازلاً وقع طلاقه وإن لم يشهد عليه.

وكذلك الأمر بالنّسبة للرجعة؛ فإنّه إذا طلق الرجل[٢] زوجته طلاقاً رجعياً[٣] من نكاح صحيح[٤]، وكانت المطلقة أثناء عدتها[٥] ممن يحل مراجعتها[٦]؛ كان أحق بمراجعتها لقوله تعالى: ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓاْ إِصْلَاحاً ﴾[٧]. ففيه أن الله سماه بعلاً، للدّلالة على بقاء الزوجيّة أثناء العدة من طلاق رجعي. واتفق الفقهاء على أنها «تكون بالقول والإشهاد، واختلفوا هل الإشهاد شرط في صحتها أم ليس بشرط»[٨]. والذي يقتضيه الاحتياط في هذا الأمر أن الزّوج إذا راجع زوجته، يشهد على رجعته «خوفاً من إنكار الزوجة لها بعد انقضاء العدة، وقطعاً للشك في حصولها، وابتعاداً عن الاتهام في العودة إلى معاشرة الزوجة»[٩].

---

(١) سنن أبي داود: كتاب الطّلاق، رقم الحديث: ٢١٩٤. وسنن الترمذي: كتاب الطّلاق، رقم الحديث: ١١٨٤، وقال الترمذي: «هذا الحديث حسن غريب». وأخرجه الحاكم في المستدرك: كتاب الطّلاق ج٢/ ١٩٨، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد (...) ولم يخرجاه».

(٢) يخرج من تقييد صدور الطّلاق من الزّوج الطّلاق الخلعي، فإن المرأة بدفعها عوضاً عن فراق زوجها تملك نفسها.

(٣) يحترز هنا بوقوع الطّلاق رجعياً ليخرج الطّلاق البائن لأنه يرفع الزوجيّة عند وقوعه.

(٤) يحترز بتقييد وقوع الطّلاق من نكاح صحيح ليخرج النّكاح الفاسد فإنّه لا رجعة فيه.

(٥) يشترط في الرجعة أن تتم قبل انقضاء العدة، فإذا انتهت العدة ولم يراجع الزّوج زوجته صار طلاقه بائناً.

(٦) ورد تقييد المطلقة هنا بأن تكون ممن يحل مراجعتها، لتخرج من ارتدت فإنّه لا يحل للمسلم مراجعتها، وكذلك لا يحل مراجعة الكافرة التي أسلمت بالنّسبة لزوجها إذا استمر في الكفر.

(٧) سورة البقرة، الآية ٢٢٦.

(٨) ينظر بداية المجتهد: ج٢/ ٨٥.

(٩) ينظر الفقه الإسلاميّ وأدلته: ج٧/ ٤٦٩.

ثالثاً: سبب الاختلاف:

يظهر من خلال تتبع أقوال الفقهاء في المسألة وما بنوا عليه رأيهم فيها؛ أن سبب اختلافهم فيها يرجع إلى اختلافهم في الشيء الذي يكون عليه الإشهاد في قوله تعالى: ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾، هل يكون على المراجعة أم على المفارقة أم عليهما معاً؟

رابعاً: الترجيح:

يظهر بعد التأمل في آراء الفقهاء في المسألة أن الآية التي احتجوا بها وإن ثبت الأمر فيها بالإشهاد على الطّلاق فإنّه ليس فيها أنّه شرط في وقوعه لما سبق أن الطّلاق كان يقع على عهد رسول الله صلّى الله عليه وسلّم من غير إشهاد. لكن بالنظر إلى ما يتحقق بالإشهاد عليه اليوم من مصالح، وما يدفعه من مفاسد؛ فإنّه يلزم العمل به. وإن مجال الفقه الإسلاميّ ـ كما قال الاستاذ علي حسب الله ـ: «يتسع للقول بوجوب الإشهاد على الطّلاق وعلى الرجعة جميعاً إذا ظهرت المصلحة في ذلك، وخاصة إذا كثر تدليس النَّاس وزادت جرأتهم على الدعاوى الباطلة»[1]. وقد حصل هذا، فيثبت أن من يواجه امرأته بالطّلاق على الوجه المأمور به في الشّرع يقع طلاقه بمجرد تلفظه بلفظ الطّلاق، ويبقى عليه توثيقه من أجل الإثبات، وإن وجه المصلحة اليوم من الإشهاد على الطّلاق يظهر فيما يلي:

أ- إذا مات أحد الزّوجين وكان الزّوج قد طلق زوجته من غير أن يشهد على طلاقها وانتهت عدتها من غير أن يراجعها زوجها، فإنهما يصيران أجنبيين بانتهائها، فلا يتوارثان. لكن إذا تطاول الذي بقي منهما على ورثة الهالك فطالب بنصيبه من التركة بدعوى استمرار الزوجيّة منكراً أن يكون وقع الطّلاق بينهما؛ فإن الورثة الشرعيّين لا يجدون ما يدفعون به دعواه فيضيق عليهم فيما يرثون، ولا شك أن حفظ حقهم كاملاً من التركة واجب، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

---

(١) الفرقة بين الزّوجين: ١٠٧.

- وأيضاً فإن ما يقصد من الإشهاد عليه هو حفظ هذا الحق بدفع احتمال الجحد والإنكار، وهذا واجب فيكون الإشهاد أيضاً واجباً؛ لأن الوسيلة تأخذ حكم المقصد الذي تحققه.

ولا يدفع الحكم بوجوب الإشهاد على الطّلاق اليوم بأنّه لم يرد عن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم العمل به، لأنه في عصره عليه الصّلاة والسّلام لم يكن يتصور من الصحابة الاعتداء على حق من حقوق الزوجة، بخلاف النّاس اليوم فإنهم صاروا يتحايلون في معاملاتهم ومنها الطّلاق. فتجد من النّاس من يطلق زوجته في غيبتها بقصد الإضرار بها، فكان توثيق الطّلاق من أجل «علاج إخفاء الأزواج لحالات الطّلاق الذي يوقعونه في غيبة زوجاتهم بقصد النكاية والإضرار بهن. وذلك منعاً لهذا الضرر دون أن يعد قيداً على حق الطّلاق المقرر للرجل بنصوص القرآن الكريم»[1]. وقد أثر عن عمر بن عبد العزيز قوله: «تحدث للناس أقضية بقدر ما يحدثون من فجور».

ب- إن القول بالإشهاد على الطّلاق ينسجم مع القول بوجوب الإشهاد على الزّواج؛ لأن الإشهاد على الزّواج وجب احتياطاً لشرعيّة الرابطة الزوجيّة فكذلك الإشهاد على الطّلاق يلزم احتياطاً لحق الزّوجين عند الخصومات. ومن أجل هذا دعا الدكتور أحمد الخمليشي إلى أن «يتدخل المشرع[2] لفرض كتابة الطّلاق ولمنع كل ادعاء وانفصال الزوجيّة غير مشهود عليه عند توقيعه»[3].

ج- إن فرض الإشهاد على الطّلاق من شأنه أن يضمن التزام الأزواج على أن لا يوقعوا الطّلاق على غير الصورة التي أمر به المشرع أن يوقعوا عليها طلاقهم بأن يتثبت الشاهدان هل واجه الرّجل زوجته بالطّلاق في وقت حيضها أم في حال طهرها؟

---

(١) ينظر تشريعات الأحوال الشخصيّة للمسلمين: ٤٥.

(٢) شاع استعمال لفظة (المشرع) عند رجال القانون وإطلاقها على من يضع الإجراءات القانونية للعمل بها سواء أكانت موافقة للشرع أم لا، وهذا لا يصح لأن هذه اللفظة تختص بالله وحده لقوله سبحانه: «إن الحكم إلا لله يقص الحق وهو خير الفاصلين» (الأنعام ٥٧).

(٣) ينظر التعليق على قانون الأحوال الشخصيّة: ج١/ ٤٣٩.

المبحث الرّابع

من يلي الأم في حضانة الأبناء؟[١]

توطئة:

من المسلم به شرعاً وعقلاً أن الأبوين هما أولى النّاس بحضانة أبنائهما في صغرهم، فيقومان بحفظهم وتربيتهم، ويتعاونان في ذلك. فإذا مات الأب أو فارق زوجته تولت الأم حضانتهم ما لم تتزوج، وهذا محل اتفاق الفقهاء. وإنّما اختلفوا فيمن يستحق الحضانة بعدها.

أولاً: آراء الفقهاء في المسألة:

اختلف الفقهاء قديماً فيمن يستحق حضانة الأبناء بعد الأم على قولين:

أحدهما: أن التي تستحق الحضانة بعد الأم هي أمها، وهو قول جمهور الفقهاء وفيهم الأئمة الأربعة وابن حزم.

فبالنّسبة للمذهب الحنفيّ قال الخصّاف: «فإن كانت لها أم تكون أمها أحق بهم»[٢]. يعني أن الأم إذا تركت أبنائها تنتقل حضانتهم إلى أمها وهي الجدة. وأوضح السرخسي أن

---

(١) ينطلق هذا المبحث من كون الأم هي التي تستحق حضانة أبنائها بعد طلاقها لقوله تعالى: «فرددناه إلى أمه كي تقر عينها ولا تحزن» (القصص: ١٣)، وقوله صلّى الله عليه وسلّم فيما أخرجه الشيخان من حديث ابن عمر رضي الله عنهما: «والمرأة راعية على أهل بيت زوجها وولده وهي مسؤولة عنهم»، وقوله أيضاً فيما أخرجاه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه: «خير نساء ركبن الإبل صالح نساء قريش أحناه على ولد في صغره»، فإن فيه ثناء على نساء يحسن حضانة أبنائهن. ويقتصر على الإجابة عن هذا السّؤال: من يستحق الحضانة بعدها إذا وجد مانع يمنع استمرار حضانتها بأن تزوجت أو طرأ لها مانع غيره.

(٢) كتاب النفقات للخصاف: ٢٨.

«أم الأم في ذلك سواء بمنزلة الأم بعدها، لأن حق الحضانة بسبب الأمومة وهي أم تدلي بأم، فهي أولى من أم الأب لأنها تدلي بقرابة الأب. وقرابة الأم في الحضانة مقدمة على قرابة الأب»[1].

وبالنّسبة للمذهب المالكيّ جاء في المدوّنة الكبرى: «قلت: أرأيت الأم إذا طلقت ومعها صبيان صغار فتزوجت من أحق بولدها الجدة أم الأب؟ قال: قال مالك: الجدة أم الأم أولى من الأب (...). قلت: وهذا قول مالك؟ قال نعم»[2].

وبالنّسبة للمذهب الشافعيّ أوضح الإمام الشافعيّ أنّه «إذا افترق الأبوان وهما في قرية واحدة فالأم أحق بولدها ما لم تتزوج ما كانوا صغاراً، (...) وإذا تزوجت المرأة ولها أم لا زوج لها؛ فالأم تقوم مقام ابنتها في الولد لا تخالفها في شيء»[3]. وعلل الماوردي استحقاق الجدة للأم حضانة أحفادها إذا عدمت الأم بأنها «تلي الأم في معانيها»[4].

وبالنّسبة للمذهب الحنبليّ فإن المروي عن الإمام أحمد في المسألة ثلاثة أقوال، منها أن الحضانة إذا تركتها الأم تنتقل إلى أمها. وهذه الرواية وصفها ابن قدامة بأنها أصح الروايات عنه[5].

وعند ابن حزم أن «الأم أحق بحضانة الولد الصغير والابنة الصغيرة (...) والجدة أم»[6].

---

(١) ينظر المبسوط: ج٥/ ٢١٠.

(٢) المدونة الكبرى: ج٢/ ٣٥٨.

(٣) ينظر الأم: ج٥/ ٩٩.

(٤) ينظر الحاوي الكبير: ج١١/ ٥١٩.

(٥) ينظر المغني: ج٩/ ٣١٠.

(٦) المحلي: رقم المسألة: ٢٠١٤.

تفيد هذه النّصوص جميعها أن الأم إذا طرأ لها ما يمنع استمرار حضانة أبنائها فإن الحضانة تنتقل إلى أمها، فهي تقوم مقام ابنتها في حضانتهم لا تخالفها في شيء[١]. فيثبت أن حق الحضانة - عندهم - بسبب الأمومة.

وعلى قولهم سارت مجموعة من قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة؛ جاء في الفقرة الخامسة من المادّة العشرين من قانون الأحوال الشخصيّة المصري رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أنّه «يثبت الحق في الحضانة للأم ثم للمحارم من النّساء مقدماً فيه من يدلي بالأم على من يدلي بالأب ومعتبراً فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب التالي: الأم فأم الأم وإن علت». وبينت مذكرته الإيضاحية أن «ترتيب الحاضنات والحاضنين من العصبة وذوي الأرحام [صيغ] على النحو ما هو مقرر في النَّص وما هو جار به العمل وفقاً لفقه المذهب الحنفيّ»[٢]. وجاء في المادّة التّاسعة والثلاثين ومائة من قانون الأحوال الشخصيّة السوري أن «حق الحضانة للأم، فلأمها وإن علت، فلأم الأب وإن علت». وجاء في الفصل السّابع والخمسين من المجلة التونسية للأحوال الشخصيّة أن «الحضانة من حقوق الأبوين ما دامت الزوجيّة مستمرة بينهما، فإذا انفصمت الزوجيّة بطلاق أو موت، فمستحقو الحضانة على الترتيب هم؛ أم المحضون ثم جدته من قبل الأم ...». وجاء في المادّة الرّابعة والخمسين ومائة من القانون الأردني رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ أن «الأم النسبية أحق بحضانة ولدها وتربيته حال قيام الزوجيّة وبعد الفرقة، ثم بعد الأم يعود الحق لمن تلي الأم من النّساء حسب الترتيب المنصوص عليه في مذهب أبي حنيفة».

والقول الثّاني: إن الذي يستحق الحضانة بعد الأم - إذا حصل مانع دون استمرار حضانة أبنائها - هو زوجها الذي طلقها، فإن أبناءه يعودون إليه. وهو قول الجعفرية وأحد

---

(١) قيد الإمام الشافعيّ استحقاق الجدة الحضانة بعد ابنتها بأن لا يكون لها زوج «فإن كان لها زوج لم يكن لها فيهم حق إلا أن يكون زوجها جد الولد فلا تمنع حقاً فيهم عند والده» (ينظر الأم: ج٥/ ١٠٠).

(٢) ينظر تشريعات الأحوال الشخصيّة للمسلمين: ٦٩.

الروايات عن الإمام أحمد. فبالنّسبة للمذهب الجعفري فإنهم يثبتون الحضانة للأم ما لم تتزوج ثم للأب[١]. وبالنّسبة للرواية التي فيها مثل هذا القول عند الإمام أحمد فهي غير مشهورة في المذهب الحنبليّ، حكاها عنه ابن قدامة في المغني[٢].

ولقد عملت بهذا القول بعض قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة منها مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة حيث جاء في الفقرة الأولى من الفصل التّاسع والتسعين المعدل في ١٠ سبتمبر ١٩٩٣ أن «الحضانة من واجبات الأبوين ما دامت الزوجيّة قائمة بينهما، فإذا انفكت فالأم أولى بحضانة ولدها من غيرها ثم أبوه ثم أمها». وجاء في المادّة السّابعة والثلاثين ومائة من مشروع القانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة العربيّة أن «الحضانة من واجبات الأبوين معاً ما دامت الزوجيّة قائمة بينهما، فإذا افترقا فهي للأم ثم للأب». وبينت المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع أن هذا الترتيب مبني على ما قاله ابن رشد في بداية المجتهد[٣] أنه لم يرد في نقل الحضانة من الأم إلى غير الأب شيء يعتمد عليه[٤]. وجاء في المادّة الثّانية والثلاثين ومائة من وثيقة الكويت للأحوال الشخصيّة أن «الحضانة من واجبات الأبوين معاً ما دامت الزوجيّة قائمة بينهما فإن افترقا فهي للأم ثم للأب ثم لأقرباء المحضون».

ودعا إلى العمل بهذا القول الدكتور أحمد الخمليشي فعد من المآخذ التي تؤاخذ عليها مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة قبل تعديلها سنة ١٩٩٣: «الاعتماد أساساً على نقل الأحكام الفقهيّة الاجتهاديّة دون مراعاة الواقع الاجتماعي الذي تغير كثيراً عمّا كان عليه وقت الإفتاء بتلك الأحكام»[٥]. وضرب لهذا مثلاً «ترتيب الحاضنين حيث كان يقدم النّساء

---

(١) ينظر الروضة البهية: ج٥/ ٤٦٣. نقلاً عن أحكام الأُسرة للدكتور محمّد مصطفى شلبي: ٧٤٠.

(٢) ينظر المغني: ج٩/ ٣٠٩.

(٣) ينظر بداية المجتهد: ج٢/ ٤٢.

(٤) ينظر المجلة العربيّة للفقه والقضاء: ع٢/ ١٣٤.

(٥) وجهة نظر: ٢٠.

من جهة الأم على الأب عندما كان مفهوم الحضانة يتركز على العناية بالشؤون المادية للمحضون من تنظيف وإعداد طعام وفراش ونوم. وكل ذلك كان وظيفة نسوية. أما الآن فإن الحضانة تعني بالدرجة الأولى تربية القاصر وإعداده للحياة سيما وأنها تمتد إلى بلوغ الذكر وزواج الأنثى»[١]. وبناء على هذا تساءل «هل الحاضنة بهذا المفهوم الجدة والخالة أقدر على القيام بها من الأب؟ أما كان ينبغي مراعاة تطور مفهوم الحضانة لإعادة ترتيب مستحقيها ما دام هذا الترتيب اجتهادياً صرفاً لا حض فيه من الكتاب أو السُّنَّة بالنّسبة لغير الأم»[٢].

ثالثاً: الترجيح:

يظهر بعد عرض قولي الفقهاء في المسألة أن القول الرّاجح فيها هو قول الجمهور إن من يستحق الحضانة بعد الأم هي أمها لما يلي:

١-قرب الجدة من الأم، فإن الجدة من جهة الأم أقرب إلى ابنتها من أي أحد، فإذا سقط حق ابنتها في الحضانة انتقلت إليها لأنّها امرأة ولادتها محققة. فهي تلي الأم في معانيها فتتقدم على الأب مع قربه.

ولا ينتقض هذا بدعوى تغير مفهوم الحضانة عمّا كان عليه في عهد الأئمة فقهاء الأمصار، وأن الجدة لا تقدر على القيام بها كالأب. فإن الحضانة عند الفقهاء قديماً لم تكن تعني فقط أن تقوم الحاضنة بما يحتاجه المحضون مما هو من وظائف النّساء من تنظيف ثيابه وإعداد طعامه وتهيء فراشه؛ بل كانت تشمل بالإضافة إلى هذا العناية بتعليمه وتهيئته للحياة. لقول الإمام الشافعيّ: «يخرج الغلام إلى الكتاب أو الصناعة إذا كان من أهلها ويأوي إلى أمه»[٣]. وذكر الماوردي في بيان معنى يميز بين ضرها ونفعها. وذلك فيما دون سبع سنين فتمضي الأم بحضانته ويغرم الأب نفقته»[٤].

---

(١) وجهة نظر: ٢٠ هامش ٢١.

(٢) المصدر نفسه.

(٣) الأم: ج٥/ ٩٩.

(٤) ينظر الحاوي الكبير: ج١١/ ٤١٨.

وإنه بموازاة تطور مفهوم الحضانة اليوم عمّا كان عليه في الماضي؛ تطورت عقلية الجدات أيضاً وتطورت وظيفتهن اليوم لتغير الزمان والمكان. ولا تسقط بتطور العصر حاجة المحضون إلى من يقوم بشؤونه الأساسية من تنظيفه وإعداد طعامه وشرابه وغيرهما فهل يقدر الأب على القيام بهذه الحاجات الضرورية؟ لا شك أنّه لا يقدر على القيام بها كما يجب لتفرغه في الغالب لأشغاله خارج البيت فتتحملها عنه زوجته إذا لم تكن تشتغل هي أيضاً خارج بيتها، وهي أجنبية عن أبنائه. ولّما كان المحضون في هذه الحالة أمس الحاجة إلى من يلتصق به للقيام بشؤونه هذه؛ فإن الجدة للأم هنا تتقدم على زوجة الأب لقربها منه.

وإن مما ينبغي التنبيه عليه هو أن دور الأب عندما يكون أبناؤه في حضانة أمهم يستمر كما كان الحال عليه قبل الطّلاق، فيبقى واجباً عليه الإنفاق عليهم وتأديبهم. جاء في المدوّنة الكبرى: «قلت: أرأيت إذا تزوجت الأم فأخذتهم الجدة أو الخالة أتكون النّفقة والكسوة والسكنى على الأب في قول مالك؟ قال: نعم»[1]. وقال الماوردي: «وإذا افترق الأبوان وهما في قرية واحدة فالأم أحق بالولد ما لم تتزوج، وعلى أبيه نفقته. ولا يمنع من تأديبه»[2].

(١) المدونة الكبرى: ج٢/ ٣٦٢.

(٢) الحاوي الكبير: ج١١/ ٥٠٧.



الباب الثاني
الاجتهاد الإنشائي في أحكام الأسرة

الفصل الأوّل: الاجتهاد الإنشائي في مقدمة عقد الزواج وأركانه.

الفصل الثّاني: الاجتهاد الإنشائي فيما ينزل بالحياة الزوجية.

الفصل الثّالث: الاجتهاد الإنشائي في النفقة المتراكمة وفي الطلاق.



الفصل الأول

الاجتهاد الإنشائيّ في مقدمة عقد الزّواج وأركانه

المبحث الأول: حكم الاستعاضة عن ضرر العدول عن الخطبة

المبحث الثّاني: زواج المسلمة بحديث العهد بالإسلام

المبحث الثّالث: حكم تحديد أهلية النّكاح بالسن

المبحث الرّابع: حكم تحديد أكثر الصداق

المبحث الخامس: حكم إلغاء ولاية التزويج

المبحث السّادس: حكم توثيق عقد الزّواج



المبحث الأول

حكم الاستعاضة عن ضرر العدول عن الخطبة[١]

توطئة:

الخطبة مقدمة للزواج، لم يرتب عليها الشّارع شيئاً من آثار العقد. ومن ثم كان لكل من الخاطب والمخطوبة الحق في فسخها، فإنّه يدخل في ممارسة المباح. لكن قد يحدث أن يتضرر أحدهما بسبب ذلك، فهل يكون للطرف المتضرر منهما أن يطالب بتعويض عمّا أصابه من ضرر؟

أولاً: آراء الفقهاء المعاصرين في المسألة:

هذه مسألة لم يسبق أن ناقشها الفقهاء قديماً[٢]. وأبدت بعض قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة رأيها فيها، وكذا بعض الفقهاء المعاصرين. وإن القرار الذي اتخذته هذه القوانين هو أن الذي يتسبب في الضرر بعدوله عن الخطبة يتحمل التعويض عنه. جاء في المادّة الخامسة من قانون الأسر الجزائريّ التّصريح بأنّه «إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد

---

(١) ليس المراد من المبحث في هذه المسألة بيان حكم العدول عن الخطبة، فإنّه جائز شرعاً لقوله صلّى الله عليه وسلّم: فيما أخرجه الشيخان: «لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتّى يترك الخاطب قبل أو يترك». وإنّما المراد البحث عن حكم الأضرار التي تلحق أحد الخطيبين عند إنهاء الآخر لها، هل يحكم له بتعويض عنها أم لا؟

(٢) ذكر الدكتور محمّد مصطفى شلبي أن الفقهاء قديماً لم يناقشوا هذه المسألة «إما لعدم حدوث مثل ذلك في عصورهم، وأما لأن الخطبة التي رسم الإسلام طريقها وسلوك الطرفين أثناءها لا يترتب على فسخها ضرر متى التزم الطرفين هذا السلوك. وإنّما الضرر نتيجة انحراف النّاس في سلوكهم أثناء الخطبة تقليداً لغير المسلمين. (ينظر كتابه أحكام الأُسرة في الإسلام: ٦٩).

الطرفين جاز الحكم له بالتعويض». وجاء في الفقرة (د) من الفصل الأوّل من قانون الزَّواج والطّلاق الليبي رقم ١٠ لسنة ١٩٨٤ أنّه «إذا سبب العدول عن الخطبة ضرراً تحمل المتسبب التعويض عنه». وجاء في المادّة الرّابعة من مشروع القانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة أنّه «إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر يتحمل المتسبب التعويض». وجاء في المادّة الرّابعة من وثيقة الكويت للقانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة أنّه «إذا كان العدول عن الخطبة بغير مقتض وترتب عليه ضرر تحمل المتسبب التعويض». ولم تتناول مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة هذه المسألة، و«تناولها الفقه والقضاء في مصر»[1].

يظهر من هذه النّصوص القانونية الحكم بالتعويض[2] عمّا يحصل لأحد الخاطبين من ضرر بسبب تراجع الآخر عن الخطبة. وإلى الحكم نفسه ذهب الفقهاء المعاصرين الشّيخ محمود شلتوت والشّيخ محمّد أبو زهرة والدكتور مصطفى السباعي لكنهم اختلفوا في تحديد نوع الضرر الذي يحكم بالتعويض عنه.

أما الشّيخ محمود شلتوت فإنّه صرح بأن العدول عن الخطبة يستوجب التعويض[3] فأطلق الحكم عن مجرد العدول عنها لكنه قيده في موضوع آخر بما إذا ترك أحد الخاطبين الخطبة بغير سبب من الآخر فظهر أنّه يميز بين حالتين يحصل بهما ترك الخطبة؛ إحداهما مأذون بها شرعاً؛ وهي التي يكون سببها ما يظهر للخاطب من سلوك المرأة التي خطبها وشراسة طباعها. والثانية: التي يكون سببها الطمع من خاطب آخر غير الأوّل لما له وجاهة. قال: «أما العدول عن الخطبة وفسخها بعد تمامها فإن كل ما يقول السائل لتبين السلوك وشراسة الطباع فإنّه يكون أمراً مطلوباً شرعاً حرصاً على سلامة الحياة الزوجيّة من عبث الأخلاق الفاسدة

(١) ينظر التقريب مدوّنة الأحوال الشخصيّة: ١٠٧.

(٢) الحكم بالتعويض الذي نصّت عليه القوانين المذكورة هو حكم آخر غير الحكم بأحقية الخاطب في استرداد الهدايا التي يقدمها بالمناسبة لمخطوبته عند تراجعها عن الخطبة.

(٣) ينظر فصول شرعيّة واجتماعية للشيخ شلتوت: ١٢.

(**) أمّا فسخ الخطبة لمجرد ظهور خاطب مالي أو صاحب مركز عظيم فهو حرام عند الله وهو في الوقت نفسه مخل بالشرف والكرامة وينزل بالفتاة إلى مستوى السلع (...) وهو بعد هذا وذاك نقض للعهد الذي حرمه الله والذي يقول فيه ﴿ وَأَوْفُواْ بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُولاً ﴾[1]»[2] فيظهر من وصفه الحالة الثّانية بكونها محترمة؛ أنها هي الحالة التي يرى الحكم فيها بالتعويض عن ضرر العدول عن الخطبة.

وأما الشّيخ أبو زهرة فذكر أن «العدول عن الخطبة في ذاته لا يكون سبباً للتعويض لأنه حق والحق لا يترتب عليه تعويض قط، ولكن ربما يكون الخاطب قد تسبب في أضرار نزلت بالمخطوبة لا لمجرد الخطبة»[3] وهو يميز بين نوعين من الضرر أحدهما: ضرر معنوي يمس كرامة المرأة المخطوبة وهذا لا يرى التعويض عنه؛ لأن سببه مخالفة الشرع. والثاني: ضرر مادي[4] رأى التعويض عنه ممن كان سبباً فيه فقال: « أن بالنّسبة للأضرار الأدبية لا تقر الشريعة عن الأضرار الأدبية تلحقها من مخالفة أوامر الشريعة من خروجها معه في الخلوات وليس من المعقول أن تعوض الشريعة عن الأضرار التي تلحق من يخالفها بسبب المخالفة فحسبه ذلك عقاباً. وأما الأضرار المادية فقد قررت محكمة النقض المصرية أنّه إذا كان للخاطب دخل في الأضرار المادية التي لحقت المخطوبة بأن طلب جهازاً معيناً واشترى بناءً على طلبه[5] ثم عدل عن الخطبة فإنّها تستحق تعويضاً عن ذلك الضرر، وإلا فإنّها لا تستحق.

---

(١) سورة الإسراء، الآية ٣٤.

(٢) الفتاوى للشيخ شلتوت: ٢٦٠ - ٢٦١.

(٣) ينظر الأحوال الشخصيّة: ٣٨.

(٤) ضرب بعض الدارسين أمثلة للأضرار المادية والمعنوية ما «لو كانت المخطوبة موظفة فطالبها الخاطب بترك الوظيفة فاستجابت لطلبه أو كما لو طلبها بشراء جهاز أو أثاث بشكل معين ثم عدل أو كما لو طالبته بإعداد بيت في مكان معين أو بصورة معينة ثم عدلت». (ينظر نظام الأُسرة في الإسلام للدكتور محمّد عقلة: ج١/ ١٧٨ وأحكام الأُسرة في الإسلام للدكتور محمّد مصطفى شلبي: ٦٩).

(٥) لا يلحق الضرر الماديّ – عند أبو زهرة – المخطوبة وحدها بل يلحق الخاطب أيضاً. وصورته أن (تطلب هي إعداد المسكن، ثم يكون العدول فالضرر نزل بسبب عمل كان من الطرف الذي عدل غير مجرد الخطبة فيعوض». (ينظر كتاب الأحوال الشخصيّة:٣٨).

وإن قواعد الشريعة لا تنافى هنا هذا؛ لأنه إذا كان له دخل في الضرر كالمثال السابق فإنّه يكون الضرر نتيجة التغرير والتغرير يوجب الضمان»[١].

وأما الدكتور مصطفى السباعي فإن التعويض عن أضرار العدول عن الخطبة مبدأ الدكتور مصطفى السباعي فإن التعويض عن أضرار العدول عن الخطبة مبدأ عنده لكنه يقيده بثلاثة شروط هي: «(أ) – أن يثبت العدول عن الخطبة لم يكن بسبب من المخطوبة. (ب) – أن العدول قد أضر بها مادياً أو معنوياً غير الاستهواء الجنسي. (ج) – قد أكد رغبته في الزَّواج من المخطوبة بما يستدل به عادة وعقلاً على تأكيد خطبته وتصميمه على إجراء عقد الزّواج»[٢]. يؤخذ من ذكره هذه القيود أنّه يجعل الطرف المتضرر من العدول عن الخطبة هو المرأة المخطوبة التي ركن خاطبها إليها وأبدى عزمه على الزَّواج بها ثم ترك الخطبة بغير سبب منها. ويؤخذ منه أيضاً أنّه يرى التعويض عن الضرر الماديّ والمعنويّ معاً لم يكن هذا الضرر المعنويّ قد لحق بسبب الاستهواء الجنسي فإنّها تتحمل نتيجته بمخالفتها أحكام الشريعة فيبقى عنده أن الضرر المعنويّ الذي يلزم معه الحكم بالتعويض هو الذي يلحق المخطوبة في نطاق المباح كتأخير زواجها سنوات[٣].

هذه مجموعة آراء الفقهاء المعاصرين الذين قالو بالتعويض عن ضرر العدول عن الخطبة فقد اتفقت قوانين الأحوال الشخصيّة المذكورة على أن المتسبب في الضرر يتحمل التعويض. وكذلك قال الشّيخ أبو زهرة بينما خص الشّيخ محمود شلتوت والدكتور السباعي تركها بفعل الخاطب وحده.

---

(١) تنظيم الإسلام للمجتمع: ٧٠ – ٧١.

(٢) ينظر شرح قانون الأحوال الشخصيّة للدكتور مصطفى السباعي: ج١/ ٦٨.

(٣) صورة تأخير زواج الفتاة بأن يخطب شخص فتاة، وكلما طالبته بإنجاز عقد الزَّواج يطلب الإرجاء إلى حين تخرجه من الجامعة مثلاً أو إلى حين تسوية وضع مشروع له (...) وقد يستغرق ذلك مده حتّى إذا تمكن من مراده فاجأ مخطوبته بفسخ الخطبة.

ولم تحدد هذه القوانين صورة الضرر الموجب للحكم بالتعويض بل أطلقت حكمها لتدل على أنّه يجوز الاستعاضة الضرر الماديّ والمعنويّ معاً. وقال بإطلاق الحكم بالتعويض أيضاً الدكتور فتحي الدريني[1] والدكتور وهبة الزحيلي[2]. وكذلك يستفاد من إطلاق الشّيخ شلتوت والشّيخ أبو زهرة والدكتور السباعي إلا أن هذين الأخيرين استثنيا الضرر المعنويّ الذي يحصل للمخطوبة بسبب مخالفتها أحكام الشريعة في الخطبة فلم يريا الحكم بالتعويض عنه لهذا السبب.

وقد وصف الأستاذ علال القاسي الحكم بالتعويض عن الأضرار التي ترتب عن العدول عن الخطبة بأنّه «اتجاه سليم ربما يحد من التسرع في فسخ الخطوبات وخلق الأجواء السيئة لفسخها»[3].

ثانياً: الأدلة:

مما بنى عليه القائلون بالتعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة قولهم ما يلي:

١- قوله صلّى الله عليه وسلّم: «لا ضرر ولا ضرار»[4] بنى عليه مشروع القانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة قراره بالتعويض عن ضرر العدول عن الخطبة فجاء في مذكرته التوضيحيّة أن «الأصل في ذلك – يعني في تقرير التعويض – قوله صلّى الله

(١) ينظر كتابه: دراسات وبحوث في الفكر الإسلاميّ المعاصر: ج٢/ ٧٣٧و٧٣٨. وقد سار القول بالتعويض عن ضرر العدول عن الخطبة ولو لم يكن القصد إيذاء المخطوبة، فعنده أن ما يحصل من ضرر فسخ الخطبة سببه التعسف.

(٢) ينظر كتابه: الفقه الإسلاميّ وأدلته: ج٧/ ٢٧و٢٨. وهو يرى الحكم بالتعويض عن الضرر الذي يكون لمن عدل عن الخطبة دور فيه فقط.

(٣) ينظر التقريب شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة: ١٠٧ – ١٠٨.

(٤) سنن ابن ماجة: كتاب الأحكام، رقم الحديث ٢٣٤٠. ومسند الإمام أحمد رقم الحديث ٢٨٦٢ و٢٢٢٧٢. والحاكم في مستدركه: ج٢/ ٥٧ – ٥٨.

عليه وسلّم: «لا ضرر ولا ضرار». وهذا حديث من جوامع كلمه عليه الصَّلاة والسَّلام منه استنبط الفقهاء قواعد[١] رفع الضرر. وهو يفيد نفي الضرر والضرار معاً بغير حق. والمرأة قد تتعرض لبعض الشائعات بسبب العدول وقد تنفق المخطوبة وأهلها نفقات تقتضيها الأعراف والعادات مما يتوجب معه في حالة العدول عن الخطبة إزالة هذا الضرر ممكن تسبب به. وكذا الحال فيما إذا عدلت المخطوبة عن الخطبة وأصاب الخاطب ضرر معنوي أو مادي»[٢].

٢ – قاعدة إساءة استعمال الحق[٣] جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة أن «من المبادئ المسلم بها اليوم مبدأ (إساءة استعمال الحق) وقد سبق فقهاء الإسلام في تقرير هذه النظرية سبقا كبير (...) فللقاضي الحق في تقرير التعويض عن العدول بشرط التحقق من حصول الضرر الماديّ أو المعنوي والتحقق أيضاً ممن كان السبب في حصوله»[٤].

فهذه القاعدة تفيد أن من يملك استعمال حق من الحقوق يلزمه أن يحسن استعماله بأن لا يحصل باستعماله ضرر بغيره فإن أضر بغيره بفعله تحمل مسؤوليته. وإن من يعدل عن الخطبة هنا يتعدى استعمال حقه المقرر شرعاً في فسخ الخطبة بأن أساء استعماله لما نتج عنه من ضرر لحق الطرف الآخر فكان للطرف المتضرر أن يطالب برفع الضرر عنه لهذا السبب. ويجب الضمان على الطرف الذي تسبب فيه بسوء استعماله حق ترك

---

(١) من هذه القواعد قاعدة: (الضرر يزال)،و(الضرر لا يزال بالضرر)،و(الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف).(ينظر شرح القواعد الفقهيّة للزرقا: رقم١٨ و١٩ و٢٤ و٢٦).

(٢) ينظر المجلة العربيّة للفقه والقضاء: ع٢/ ٥٤

(٣) هذه القاعدة فقهاء الحنفيّة في كثير من فروع الفقه وخاصة في مسائل الولاية على القاصر والوكالة وإحياء الموات وحقوق العلو والجوار، وقال بها الإمام مالك في مسائل كثيرة مبنية كلها على مبدأ التسبب في الضرر. (ينظر الفروق: ج٣/ ٢٤ – ٢).

(٤) ينظر المجلة العربيّة للفقه والقضاء:ع٢/ ٥٤–٥٥.

الخطبة على أساس المسؤولية التقصيرية؛ لأن «الأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق خطأ يوجب التعويض»[١].

٣- قاعدة التغرير يوجب الضمان. بنى عليها الشّيخ أبو زهرة قوله وجوب الحكم بالتعويض عن الضرر الماديّ الذي يتسبب فيه من ترك الخطبة[٢] وصورته أن يقوم الخاطب «بإعداد بيت الزوجيّة بإيعاز من المخطوبة ثم عدلت عن الخطبة حكم عليها بالتعويض؛ لأن الضرر الذي لحقه كان بسبب تغريرها»[٣].

ثالثاً: مناقشة الأدلة:

مما بنى عليه القائلون بالتعويض عن ضرر العدول عن الخطبة من أدلة؛ قوله صلّى الله عليه وسلّم: «لا ضرر ولا ضرار» فإن فيه نفياً للضرر والضرار بين الناس وقد فرع الفقهاء عليه قاعدة (الضرر يزال) فصار المرء إذا لحقه ضرر وجب رفعه عنه وعليه إذا ترتب عن ترك الخطبة ضرر بالطرف الآخر وجب دفعه عنه بالحكم له بالتعويض.

وإن ما يريد على الاحتجاج بهذا الحديث في هذه المسألة أنّه احتجاج بأمر كلي على مسألة جزئية وهذا يدخل في باب المصلحة المرسلة وهي مقيدة بعدم معارضتها للنص فيخرج بهذا القيد من الأضرار المطلوب التعويض عنها هنا؛ ما كان بسبب مخالفة الخطيبين أحكام الشريعة التي سنتها في الخطبة. فـ «الخطبة وعد بالزّواج وليست بزواج»[٤]. وهي بهذه الصفة لا تغير من أصل العلاقة بين الأجانب شيئاً، لذا لا ينبغي أن يقوم أثناءها الخاطبان بشيء من مقتضيات الزّواج فإذا غر المرأة المخطوبة خاطبها بأن طلبها للخلوة بها أو ترك عملها أو دراستها فاستجابت له لتوهمها أنّه في حكم زوجها؛ فإنّها تتحمل وحدها مسؤولية استجابتها

(١) ينظر الوجيز في نظرية الالتزام للدكتور عبد الرزاق السنهوري: ٣٣٩ رقم ٣٥٣.

(٢) ينظر تنظيم الإسلام للمجتمع: ٧١.

(٣) أحكام الأُسرة في الإسلام: ٧٣.

(٤) هذا ما وصفت به مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربية الخطبة في الفصل الثّاني منها.

لطلبه. فإذا ترك الخاطب الخطبة في هذه الحالة فلحق المخطوبة ضرر معنوي بسبب الخلوة بها أثناء الخطبة أو ضرر مادي باستجابتها لطلبه ترك عملها؛ فلا يقبل طلبها التعويض عمّا لحقها من أضرار؛ لأنّها نتجت عن عدم التزامها بأحكام الشريعة لا عن فسخ الخطبة. ثم لأنّها أساءت استعمال حقها في الامتناع عن الاستجابة لطلبه وهي التي تكون قد غرت نفسها.

وكذلك الحكم فيما إذا طالبت المرأة خاطبها بإنجاز أمور كلفته أموالاً ثم فسخت الخطبة فإنّه يتحمل مسؤولية استجابته لها وقد كان له أن يمتنع عن تحقيق ذلك لذا وجب أن يتحمل نتائج تقصيره.

ومما يجب ذكره هنا أن الأصل في الخطبة أن لا تطول مدتها[1] فإذا أطالها الخاطب وجب على المرأة التدخل لتبين من أمره. ولها أن تفسخها؛ لأن فسخها مأذون به في الشرع. فإذا لم تفسخها على الرغم من طول مدتها؛ عدت كأنها راضية بها. فإذا ثبت على الخاطبين بهذه الأحكام وتغافلا عنها؛ كانا مسؤولين عمّا ينتج عن ترك الخطبة من أضرار مادية ومعنوية.

رابعاً: خلاصة:

نخلص من كل هذا إلى أن ما يصرفه أحد الخاطبين من مال - مهما بلغ - إرضاء للآخر في فترة الخطبة إنما يصرفه باختياره فلا يحكم بتعويض عنه عند فسخها اللهم إلا أن يكون أحدهما قد استدان من الآخر مالاً فيبقى في ذمته.

---

(١) يجب التنبيه على أن الخطبة في الشّرع لا تعدو أن تكون محطة لتعارف الخاطب والمخطوبة، يمكن أن يظهر خلالها ما يدفعها إلى عقد الزواج، كما يمكن أن يظهر لهما أو لأحدهما ما يدعو إلى إنهائها. وإن الشّارع لم يترتب عليها حقوقا لأحدهما على الآخر، بل يبقيان أجنبيين عن بعضهما فلا يجوز أن يجتمعا من غير محرم للمرأة. من أجل هذا وجب -إن كانت الرغبة صادقة في الزّواج- أن لا تطول فترتها. وإذا لم تسمح للخاطب ظروفه المادية بإنجاز عقد الزّواج؛ فليصرح لمخطوبته بذلك رجاء التعاون على تذليل العقبات التي تحول دونه.

المبحث الثاني
زواج المسلمة بحديث العهد بالإسلام

توطئه:

نص الشَّارع على تحريم زواج المسلمة بغير المسلم. وهذا التّحريم مؤقت يزول بالدخول في الإسلام. والتأمل في أنكحة المسلمات اليوم يلحظ أن نسبة زواجهن بالغربيين في تصاعد مستمر. ولئن كن يصرحن بأن زاوجهن بهم يتم بعد الدخول في الإسلام؛ فالملاحظ أن شيئاً لا يتغير في الغالب من سلوكهم اللهم إلا ما يشار أحياناً أن أسماءهم قد تحولت إلى أسماء المسلمين. وهذا ما دعا بعض الفقهاء المعاصرين إلى التريث في إنكاح من يدخلون في الإسلام حتّى يحسن إسلامهم.

أولاً: رأي قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة في المسألة:

صرحت بعض قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة بمنع زواج المسلمة بغير المسلم واكتفى بعضها لبيان صحة الزَّواج بالإشارة إلى أنّه يجب أن يكون الزَّواج خالياً من الموانع الشرعيّة[1] فجمعت مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة في الفصل التّاسع والعشرين أصناف

---

(١) هذه هي العبارة المجملة التي استعملتها مجلة الأحوال الشخصيّة التونسيّة ولم تصرح باشتراط إسلام الزوج، واكتفت في الفصل الخامس بأنّه يجب أن يكون كل من الزّوجين خلوا من الموانع الشرعيّة. وذكر محمّد الطّاهر السنوسي في تعليقه عليه أن «من الموانع الشرعيّة بالنّسبة للزوج أن يكون غير مسلم (...) وهذا المانع هو شرعاً من الموانع الوقتية إذ بدخول الإسلام يزول المانع».

ولكن هذا مجرد تستر عن الموقف الذي سلكته المجلة من الدين، يؤكده أنها خصصت المادّة الرّابعة عشرة للحديث عن موانع الزَّواج ولم تذكر منها اختلاف الزّوجين في الإسلام. وقد أوضح الدكتور إدريس =

المحرّمات من النّساء وذكرت الفقرة الخامسة منه: «زواج المسلمة بغير المسلم». ونص قانون الأُسرة السوري في الفقرة الثّانية من المادّة الثّامنة والأربعين على أن «زواج المسلمة بغير المسلم باطل». وجاء في الفقرة الأولى من المادّة الثّالثة والثلاثين من قانون الأُسرة الأردني الحكم ببطلان «تزوج المسلمة بغير المسلم». وصرح قانون الأُسرة الجزائريّ في المادّة الحادية والثلاثين بأنّه «لا يجوز زواج المسلمة بغير المسلم». واشترط قانون الزَّواج والطّلاق الليبي في الفقرة (ج) من المادّة الثّانية عشرة لانعقاد الزَّواج «ألا يكون الزّوج غير مسلم بالنّسبة للمرآة المسلمة».

والحجة في هذا المانع – كما جاء في بعض المذكرات التوضيحيّة لهذه القوانين – هي ما يلي:

أ– قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾[١].

ب– قوله تعالى: ﴿ وَلاَ تُنكِحُواْ الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُواْ ﴾[٢] فقد جاء الحكم فيهما صريحاً بحرمة تزوج المسلمة بكافر أو مشرك. وذكر القرطبي أن علة عدم الحل بالإسلام[٣] خلافاً للحنفية الذين ذهبوا إلى أن العلة في المنع اختلاف الدارين[٤].

= فاخوري في تعليقه على هذا الشذوذ الذي سارت عليه أنّه «يرجع (...) أساساً إلى الموقف العام الذي اتخذه المشرع التونسي من مسألة الدّين بصورة عامّة والدين الإسلاميّ بصفة خاصة؛ فالمشرع التونسي أراد وضع مجلة لائكية تنطبق مبدئياً على جميع التونسيين بقطع النّظر عن دينهم». (ينظر أحكام الزَّواج في مدوّنة الأحوال الشخصيّة للدكتور إدريس فاخوري: ١٧١).

(١) سورة الممتحنة، الآية ١٠.

(٢) سورة البقرة، الآية ٢٢١.

(٣) ينظر الجامع لأحكام القرآن: ج١٨ / ٤٣.

(٤) ينظر أحكام القرآن للجصاص: ج٣ / ٤٣٨.

ج- الإجماع: ذكر القرطبي أن الأمة أجمعت على أن «المشرك لا يطأ المؤمنة بوجه لما في ذلك من الغضاضة على الإسلام»[١].

ثانياً: معرفة من يسلم من غير المسلمين وضابط نكاحه المسلمة:

يؤخذ عن طريق المفهوم من الحكم بتحريم زواج المسلمة بغير المسلم أنه حكم مؤقت يرتفع بدخول غير المسلم في الإسلام. لكن هل يكفي لذلك مجرد نطقه بالشهادتين؟

لقد جاء في القرآن بيان من يقال عنه أسلم من الكفار والمشركين وذلك في قوله سبحانه: ﴿ قَالَتِ الْأَعْرَابُ آمَنَّا قُل لَّمْ تُؤْمِنُوا وَلَكِن قُولُوا أَسْلَمْنَا وَلَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ ﴾[٢]. أخذ منه ابن كثير أن «الإيمان أخص من الإسلام ويدل عليه حديث جبريل عليه الصَّلاة والسَّلام حين سأل عن الإسلام ثم عن الإيمان ثم عن الإحسان[٣] فترقى من الأعم إلى الأخص»[٤]. وهذه الآية أوردها البخاري في إحدى تراجمه فقال: «باب إذا لم يكن الإسلام على حقيقة وكان على الاستسلام أو الخوف من القتل لقوله تعالى: ﴿ قَالَتِ الْأَعْرَابُ آمَنَّا قُل لَّمْ تُؤْمِنُوا وَلَكِن قُولُوا أَسْلَمْنَا ﴾[٥] (...) فإذا كان على الحقيقة فهو على قوله عزّ وجلّ: ﴿ إِنَّ الدِّينَ عِندَ اللَّهِ الْإِسْلَامُ ﴾[٦] وساق حديث عامر بن سعد بن أبي وقاص عن سعد رضي الله عنه أن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أعطى رهطاً وسعد جالس فترك رسول الله صلّى الله عليه وسلّم رجلاً هو أعجبهم إلي. فقلت: يا رسول الله مالك عن فلان؟ فو الله إني لأراه

---

(١) ينظر الجامع لأحكام القرآن: ج١٨ / ٤٣.

(٢) سورة الحجرات، الآية ١٤.

(٣) صحيح البخاري: كتاب الإيمان رقم الحديث ٥٠،وكتاب تفسير القرآن رقم الحديث ٤٧٧٧. وصحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الإيمان رقم الحديث ٨.

(٤) ينظر تفسير ابن كثير للآية في سورة الحجرات.

(٥) سورة الحجرات، الآية ١٤.

(٦) سورة آل عمران، الآية ١٩.

مؤمناً. فقال: أو مسلماً؟ فسكت قليلاً ثم غلبني ما أعلم منه فعدت لمقالتي فقلت: مالك عن فلان؟ فو الله إني لأراه مؤمناً[١]. أخذ منه ابن كثير أن النبي صلّى الله عليه وسلّم «فرق بين المؤمن والمسلم فدل على أن الإيمان أخص من الإسلام ودل على أن ذلك الرّجل كان مسلماً ليس منافقاً»[٢]. وأوضح ابن حجر أن «محصل ما ذكره واستدل به أن الإسلام يطلق ويراد به الحقيقة الشرعيّة وهو الذي يرادف الإيمان (...) ويطلق ويراد به الحقيقة اللغوية وهو مجرد الانقياد والاستسلام فالحقيقة في كلام المصنف هنا هي الشرعيّة ومناسبة الحديث للترجمة ظاهرة من حديث أن المسلم يطلق على من أظهر الإسلام وإن لم يعم باطنه فلا يكون مؤمناً لأنه ممن لم تصدق عليه الحقيقة الشرعيّة وأما اللغوية فحاصلة»[٣].

نستفيد من هذا أن من ينطق بالشهادتين من غير المسلمين يكون قد دخل في الإسلام، ولا يملك أحد أن يخرجه منه عندئذ لحديث أسامة بن زيد قال: «بعثنا رسول الله صلى الله علية وسلم في سرية فصبحنا الحرقات من جهينة فأدركت رجلاً فقال: لا إله إلا الله فطعنته، فوقع في نفسي من ذلك فذكرته للنبي صلى الله علية وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أقال لا إله إلا الله وقتلته؟ قلت: يا رسول الله إنما قالها خوفاً من السلاح، قال: أفلا شققت عن قلبه حتّى تعلم أقالها أم لا؟ فما زال يكررها على حتّى تمنيت أني أسلمت يومئذ»[٤].

لكن ما ينبغي التنبيه عليه هو أن من دخل في الإسلام يحتاج إلى تعلم أحكامه ليأتي ما أحل الله له ويمتنع عمّا حرمه حتّى ينضبط في معاملته وسلوكه وعمله كله للشرع ويحسن

(١) صحيح البخاري: كتاب الإيمان رقم الحديث ١٥٠. وصحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الإيمان رقم الحديث ٢٧.

(٢) تفسير ابن كثير للآية من سورة الحجرات.

(٣) فتح الباري: عند شرح الحديث رقم ١٥٠.

(٤) صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الإيمان رقم الحديث ٩٦. وسنن أبي داود: كتاب الجهاد رقم الحديث ٢٦٤٣.

إسلامه. ومن وسائل تحقيق هذا المقصد أن يمكث مع المسلمين مدّة تحصل أثناءها الثقة فيه فينكحونه. وهذا ما لا يطلبه النَّاس اليوم فيمن يسلمون فتراهم يزوجون المسلمات لمن ينطق بالشهادتين من غير المسلمين مباشرة بعد إعلان إسلامهم حتّى إذا حصل زواجهم لا ترى في الغالب من إسلامهم شيئاً؛ فلا أوامر الشّرع امتثلوا ولا نواهيه اجتنبوا مع أنهم يعيشون بين المسلمين حتّى إذا أقبل شهر رمضان مثلاً انتقلوا إلى بلدانهم لقضائه هناك فلا يعودوا إلا بعد انقضائه[١].

وقد نبه الشّيخ محمّد أبو زهرة على ما يترتب على التسرُّع في هذا الأمر من خطر اجتماعي «لاتخاذ بعض النَّاس في مصر الأديان هزؤاً ولعباً، فإنّه يعلن الشخص إسلامه ليفرق بينه وبين زوجه أو ليتزوج مسلمة، حتى إذا قضى لبانته عاد إلى دينه أو أظهر حقيقته بعبارة أصح». وجاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة أن البعض من غير المسلمين اتخذوا «النطق بالشهادتين ظاهراً ذريعة للزواج بمسلمة أو ليطلق امرأته؛ لأن الطّلاق ممنوع عليه في شريعته أو يسهل عليه تدبير الشر للمسلمين»[٢].

من أجل هذا اشترط الشّيخ أبو زهرة أن «يظهر من الذي ينطق بالشهادتين ليدخل في الإسلام، وأنه يخفي ما لا يبديه»[٣].

ولاشك أن هذا التثبيت الذي دعا إليه الشّيخ أبو زهرة يحتاج إلى وقت يعيش فيه من ينطق بالشهادتين بين المسلمين فيتعاملوا معه حتّى يتأكدوا من حسن إسلامه. وهذا ما ذهب إليه أيضاً الشّيخ عبد الله بن الصّديق فقال في جوابه عن النصراني ينطق بالشهادتين ليتزوج

---

(١) لا نبغي أن يفوتنا القول هنا بأن من بنات المسلمين اللاتي يتزوجن بمن يعلنون دخولهم في الإسلام يتحملن مسؤولية كبرى في إبعادهم منه. فهم لا يجدون فيهن التزاما بالإسلام، وفاقد الشيء لا يعطيه.

(٢) ينظر المجلة العربيّة للفقه والقضاء: عدد ٢/ ٧٢ – ٧٣.

(٣) ينظر محاضرات في عقد الزّواج: ١٤٨ – ١٤٩.

مسلمة: «هذا الزَّواج لا يجوز ولا يصح. وإن نطق الإيطالي بالشهادتين لا يكفي لزواج البنت لأنه لم يكن إسلاماً صحيحاً بل لغرض الزّواج، قال الله تعالى: ﴿ إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ ﴾[1] من دار الكفر إلى دار الإيمان «فامتحنوهن» (...)؛ والذي يسلم ليتزوج مسلمة، إسلامه لغرض فهو غير صحيح، ويمنع من الزَّواج بها، معاملة له بنقيض قصده»[2].

وبناءً على هذا وجب أن يتمهل في تزويج من ينطقون بالشهادتين ويدخلون في الإسلام حتّى يظهر منهم عملهم بمقتضى أحكامه، فقد أخرج الشيخان عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم لما بعث معاذاً إلى اليمن قال: إنك تأتي قوماً من أهل الكتاب فليكن أول ما تدعوهم إليه شهادة أن لا إله ألا الله – وفي رواية إلى أن يوحدوا –، فإن هم أطاعوك لذلك فأعلمهم أن الله افترض عليهم خمس صلوات في كل يوم وليلة، فإن هم أطاعوك لذلك فأعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم، فإن هم أطاعوك لذلك فإياك وكرائم أموالهم»[3].

لهذه الأمور كلها بعث رسول الله صلّى الله عليه وسلّم معاذاً إلى اليمن، ولم يبعثه إليها لأمر أن ينطقوا بالشهادتين فقط. وقد ذكر ابن حجر أن الصحابة: «حكموا بإسلام من أسلم من جفاة العرب ممكن كان يعبد الأوثان فقبلوا منهم الإقرار بالشهادتين والتزام أحكام الإسلام»[4]. وأخرج البخاري بسنده إلى عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلّم قال: «أمرت أن أقاتل النَّاس حتّى يشهدوا أن لا إله إلا الله وأن محمّد رسول الله، ويقيموا

---

(١) سورة الممتحنة، الآية ١٠.

(٢) ينظر دفع الشك والارتياب: ٢٥ – ٢٦.

(٣) صحيح البخاري: كتاب التوحيد رقم الحديث ٧٣٧٢ وصحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الإيمان رقم الحديث ١٩، واللفظ هنا لمسلم.

(٤) ينظر فتح الباري عند شرح الحديث رقم ٧٣٧٢.

الصلاة ويؤتوا الزكاة فإذا فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحق الإسلام وحسابهم على الله»[١]. وأوضح ابن حجر أن جملة «حتى يشهدوا»؛ «جعلت غاية المقاتلة وجود ما ذكر، فمقتضاه أن من شهد وأقام وآتى عصم دمه»[٢]. فهذه الأمور كلها يجب أن تظهر فيمن يدخل في الإسلام ويرغب أن يتزوج مسلمة.

ثالثاً: خلاصة:

نخلص من هذا إلى أن طريق دخول غير المسلم في الإسلام أن ينطق بالشهادتين[٣]، ويحتاط لأعراض المسلمات فلا يكون زواج بمجرد حصول هذا حتّى يطمأن إلى إسلامه، كما قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: «إذا أسلم العبد فحسن إسلامه يكفر الله عنه كل سيئة كان زلفها»[٤]. وبهذا يحترز من أن يكون نطقه بالشهادتين يتحايل به لغرض الزَّواج بمسلمة فقط.

---

(١) صحيح البخاري كتاب الإيمان، رقم الحديث ٢٥. وصحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الإيمان رقم الحديث ٢٠.

(٢) ينظر فتح الباري عند شرح الحديث رقم ٢٥.

(٣) إن استفادته من الزَّواج بمسلمة يقتضي أن يتأنى في زواجه حتّى يحسن إسلامه. وقد أرشد رسول الله صلّى الله عليه وسلّم من يرغب في الزَّواج إلى اختيار المرأة ذات الدّين فقال: «تنكح المرأة لأربع (...) فاظفر بذا الدّين تربت يداك»، للدّلالة على أن استقرار الأُسرة واستقامتها يحصل بالانضباط للشرع. وهذا وإن كان توجيها للرجال فلما جرت عليه العادة في الغالب أنهم يتقدمون لخطبة المرأة، وليس فيه ما يمنع أن تختار المرأة ممكن يتقدم لخطبتها ذا الدين. وقد نبه رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أيضاً إلى هذا فحذر من عدم تزوج ذا الدّين في قوله صلّى الله عليه وسلّم: «إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض». (ينظر سنن الترمذي: كتاب النّكاح، باب ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه، رقم الحديث ١٠٨٤ و ١٠٨٥.

ولا شك أن وصف أحد بأنّه ذو دين لا يمكن إطلاقه على أحد حديث عهد بالإسلام حتّى يظهر فيه ذلك.

(٤) ساقه الإمام البخاري من طريق الإمام مالك في باب حسن إسلام المرء، من كتاب الإيمان.

المبحث الثّالث

حكم تحديد أهلية النّكاح بالسن[1]

توطئة:

لا نجد في الكتاب ولا في السُّنَّة تحديداً لأهلية النّكاح بالسن، بل نجد الرسول صلّى الله عليه وسلّم خاطب بالزّواج كل من يقدر عليه من الشباب. ونجد في القرآن ما يفيد أن للفتاة أن تتزوج صغيرة قبل المحيض. لكن قد يظهر من خلال الممارسة أنّه يترتب على بعض أنكحة الصغار مفاسد رأت بعض الاجتهادات الفقهيّة المعاصرة درءها باشتراط بلوغ سن معينة للزواج.

أولاً: آراء الفقهاء المعاصرين في المسألة:

قيدت بعض قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة أهلية النّكاح ببلوغ الزّوجين سناً معينة ومنعت الزّواج دونها. فجاء في المادّة الثّامنة من الفصل الثّالث من أحكام الأحوال الشخصيّة في العراق أنّه «تكتمل أهلية الزّواج بتمام الثّامنة عشرة»، فكانت السن المقدرة موحدة بين الفتى والفتاة منع زواجهما قبل أن يبلغاها. وجاء في الفصل الثّامن من مدوّنة الأحوال

---

(١) ليس المراد بأهلية النّكاح هنا؛ بلوغ الفتى والفتاة، فهذا عمل الفقهاء قديماً على تحديده إمّا ببناء على علاماته التي تظهر في الفتى والفتاة؛ أو بالسن وهي مختلف في تقديرها. قال الأستاذ علال الفاسي: «وأما تحديد البلوغ بالسن فقد رجح المالكيّة سن الثّامنة عشرة، وقبل سبعة عشر عاما. وذهب الشّافعيّة والحنابلة إلى أن البلوغ يتحقق في السن ببلوغ الذكر والأنثى خمسة عشر عاما. وفصل الحنفيّة بين الغلام فيحتاج لثمان عشرة، وبين الجارية فتبلغ في السّابعة عشرة». (ينظر التقريب شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة: ١١٩). وإنّما المراد بها وضع سن محددة لا يسمح بالزّواج دونها.

الشخصيّة المغربيّة أنّه «تكتمل أهلية النّكاح في الفتى بتمام الثّامنة عشرة، فإن خيف العنت رفع الأمر إلى القاضي. وفي الفتاة بتمام الخامسة عشرة من العمر». فأفاد أنّه يمنع زواج الفتاة قبل بلوغها الخامسة عشرة من عمرها. وجاء في المادّة الثّامنة من مشروع القانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة أنّه «تكمل أهلية الزّواج بالعقل وبلوغ الفتى سن الرشد القانوني[١] وإتمام الفتاة الثّامنة عشرة من العمر». وجاء في المادّة الثّامنة من وثيقة الكويت للأحوال الشخصيّة أنّه «تكتمل أهلية الزّواج بالعقل وإتمام الثّامنة عشرة من العمر». وهذا عام في الذكر والأنثى. ويعد قانونا الأحوال الشخصيّة المصري والسوري أشد هذه القوانين صرامة في المسألة.

أما قانون الأحوال الشخصيّة المصري فتظهر صرامته فيها في أمرين اثنين أحدهما: عند إنجاز العقد، إذ منع الموظف المختص بمباشرة عقود الزّواج وبالمصادقة عليها من أن يشرف على عقد زواج امرأة لم تبلغ السّادسة عشرة من العمر، وأحدث عقوبة للمخالفة[٢]، فجاء في الفقرة الثّانية من المادّة السّابعة والستين وثلاثمائة من لائحة المحاكم الشرعيّة الصادر بها القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ أنّه «لا يجوز مباشرة عقد الزّواج ولا المصادقة على زواج مستند إلى ما قبل العمل بهذا القانون ما لم تكن سن الزوجة ست عشرة وسن الزّوج ثمان عشرة سنة وقت العقد». والثاني في سماع دعوى الزوجيّة إذ اشترط لسماعها أن تكون المرأة قد بلغت

---

(١) رشد الفتى قيده المشروع المذكور بالسن وقدرها في المادّة السّادسة والأربعين ومائة ببلوغ إحدى وعشرين سنة ميلادية. وتجب الإشارة إلى أن تحديد الرشد ببلوغ سن معينة أمر محدث.

(٢) جاء النّص على هذه العقوبة في المادّة الثّانية من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٣٣ بلفظ: «يعاقب بالحبس مدّة لا تتجاوز سنتين أو بالغرامة لا تزيد على مائة جنيه كل من أيّد أمام السلطة المختصة بقصد إثبات بلوغ أحد الزّوجين السن المحددة قانونا لضبط عقد الزّواج أقوالاً بعلم أنها غير صحيحة أو حرر أو قدم لها أوراقا كذلك متى ضبط عقد الزّواج على أساس هذه الأقوال المزورة.

ويعاقب بالحبس أو الغرامة لا تزيد على مائتي جنيه كل شخص خوله القانون سلطة ضبط عقد الزّواج إذا عقده وهو يعلم أن أحد طرفيه لم يبلغ السن المحددة في القانون».

السّادسة عشرة والزوج قد بلغ الثّامنة عشرة وقت رفع الدّعوى؛ فإن لم يكونا قد بلغا السن المحددة فلا تسمع المحكمة دعوى أحدهما الزوجيّة سواء أكان النزاع في الزوجيّة نفسها أو في أثر من آثارها[(١)]، اللهم إلا ما تعلق منها بالنسب، فإن دعواه تسمع وإن لم يكن الزوجان بلغا السن وقت العقد»[(٢)].

وبهذا يكون قانون الأحوال الشخصيّة المصري قد منع سماع دعوى الزوجيّة إذا لم يكن الزوجان قد بلغا السن المحددة وقت رفع الدعوى دون أن يعني هذا عدم صحة العقد. وقد قدر الدكتور مصطفى السباعي أن عذره في ذلك «واقع الريف المصري، فإن زواج الصغار منتشر جداً فأرادوا احترام الأوضاع الاجتماعيّة القائمة واعتبروا عدم سماع الدعوى في هذا الزَّواج خطوة أولى في طريق إيقافه»[(٣)].

وأما قانون الأحوال الشخصيّة السوري فتظهر صرامته في المسألة في أخذه بـ «مبدأ عدم صحة زواج الصغار، وأن أحداً لا يملك تزويجهم ولياً كان أم وصياً. وإن وقع ذلك كان لغواً لا أثر له»[(٤)]. ولا شك أن في الحكم بعدم صحة تزويج الولي الصغير أو الصغيرة اللذين هما تحت ولايته تشدداً في المسألة، لأن العقد إذا استوفى أركانه وشروطه صح وترتبت عليه آثاره. ولعل تشدد قانون الأحوال الشخصيّة السوري في اشتراط سن معينة للزواج يهدف إلى جعل زواج الصغار تحت مراقبة الجهاز القضائي لما جاء في المادّة الثّامنة عشرة منه أنّه «إذا ادعى المراهق البلوغ بعد إكماله الخامسة عشرة أو المراهقة البلوغ بعد إكمالها الثّالثة عشرة وطلبا الزّواج؛ يأذن به القاضي إذا تبين صدق دعواهما واحتمال جسميهما». لكن ظاهر هذه المادّة فيه نفي دعوى الفتاة بلوغها في الثّالثة عشرة. وهذا نفي لأمر ممكن التحقق، إذ أن من الفتيات

---

(١) هذا ما جاء في الفقرة الخامسة من المادّة التّاسعة والتسعين من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١.

(٢) ينظر أحكام الأسرة في الإسلام: ١٣٤.

(٣) ينظر المرأة بين الفقه والقانون: ٥٨.

(٤) المصدر نفسه.

من يبلغن قبل السن المذكورة. وأيضاً تربط هذه المادّة إذن القاضي بالزّواج بالإضافة إلى السن؛ باحتمال جسميهما، وكأنها تحصر الباءة في هذا المعنى.

ثانياً: الأدلة:

ورد في بعض المذكرات التوضيحيّة لهذه القوانين وعند بعض شراحها أن فكرة تحديد أهلية النّكاح بالسن تنبني على أمور هي:

١ - تحقيق المصلحة:

يعني تحقيق مصلحة المرأة والأسرة والمجتمع كله، لما ذكره الأستاذ علال الفاسيّ أن تحديد أهلية النّكاح بالسن «يندرج تحت أصل شرعيّ هو مصلحة المرأة العامّة ومصلحة الأُسرة من حيث هي»[١].

أ- أمّا مصلحة المرأة فتظهر في كون تحديد زواجها بالسن يؤخر تحملها مسؤولية البيت إلى أن تتهيأ لها[٢].

ب- وأما مصلحة الأُسرة فتظهر في كون تحديد أهلية نكاح الزّوجين بسن مقدرة يمنع من الزَّواج دونها، حتّى تنشأ على وعي من الزّوجين بما يقدمان عليه فيتهيآن له. جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصيّة المصري أن «عقد الزَّواج له من الأهمية في الحالة الاجتماعيّة منزلة عظمى من جهة سعادة المعيشة المنزلية أو شقائها والعناية بالنسل وإهماله، وقد تطورت الحال بحيث أصبحت تتطلب المعيشة المنزلية استعداداً

(١) ينظر النقد الذاتي: ٢٨٢.

(٢) ذكر حماد العراقي - المحامي العام بالمجلس الأعلي للقضاء بالمغرب - أن ما ذهبت إليه مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة في منع زواج الفتاة حتّى تبلغ خمس عشرة سنة، جاء «استجابة لتقرير طبي ورد من وزارة الصحة على وزارة العدل يبين الأخطار التي تنتج عن الزَّواج المبكر بالنّسبة للفتاة وبالنّسبة لنسلها أيضاً». (ينظر شرح قانون الزَّواج المغربي: ٩٨).

لحسن القيام بها، ولا تستأهل الزوجة أو الزّوج لذلك غالباً قبل بلوغ سن الرشد القانوني»[١]. وذكر أصحاب هذا الرأي أن قولهم بتحديد سن للزواج ينبني على دراسة قام بها علماء الاجتماع أثبتت «انعكاسات الزَّواج في الصغر على الأسرة - وجوداً واستمراراً واستقراراً وهدوء - خطيرة في أغلب الأحيان؛ لأنه يعوق النمو الطبيعي ويجلب الأمراض وتنشأ عنه مآس اجتماعية وأخلاقية وعائلية»[٢].

ج- وأما مصلحة المجتمع فهي «لا تتحقق إلا أن يكون الزوجان قادرين على القيام بأعباء الزوجيّة، مقدرين لقدسية الزَّواج والتزاماته المادية والأدبية والاجتماعيّة»[٣]. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة أن تحديد سن أهلية الزَّواج جاء «اعتماداً على ما يثبت من الأخطار الاجتماعيّة والصحية التي تنتج عن الزَّواج المبكر سواء في الإناث أو الذكور»[٤].

٢- سد الذريعة:

يعني سد ذريعة الآثار السلبية للزواج في الصغر على الزوجة خاصة وعلى المجتمع بصفة عامة؛ وقد أوضح الأستاذ حماد العراقي أن تحديد أهلية النّكاح بالسن «تشريع جديد لم يعرفه الفقه المغربي، ولكن رعاية المصلحة وسد الذريعة اللذين جعلتهما اللجنة[٥] في مقدمة المبادئ التي اعتمدت عليها في التّشريع؛ حملاها على أن تشترط في الزّوجين البلوغ والعقل وأن يكون تحديد أهلية الزَّواج بالنّسبة للفتي في ثمان عشرة سنة وبالنّسبة للفتاة في خمس عشرة سنة»[٦].

---

(١) نقلاً عن أحكام الأُسرة في الإسلام: ١٣٢.

(٢) مقال: «المرأة والولاية والتعدد والطّلاق»، لمحمد ميكو، منشور في مجلة المناهل: ع٤٣/ ١٨٧.

(٣) ينظر المجلة العربيّة للفقه والقضاء: ع٢/ ٥٧.

(٤) ينظر شرح قانون الزَّواج المغربي: ٣٧.

(٥) يقصد لجنة تدوين الفقه الإسلاميّ التي تكونت في السنة الأولى لاستقلال البلاد.

(٦) ينظر شرح قانون الزَّواج المغربي: ٩٧.

٣- حق ولي الأمر في تقييد المباح إذا أفضى استعماله إلى ضرر عام:

جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة أن تحديد أهلية النّكاح بالسن مبني على حق ولي الأمر في تقييد المباح بناءً على رأي أهل العلم والدين إذا أدى المباح إلى ضرر[1]. وفي نظر اللّجنة التي وضعت هذا المشروع فإن الزَّواج في الصغر أفضى إلى أضرار دعت إلى تقييد النّكاح بالسن لدرئها.

ثالثاً: مناقشة:

١- مناقشة فكرة تحديد أهلية النّكاح بالسن من حيث أصلها وما يمكن أن ينتج عن العمل بها:

أ- يرجع أصل فكرة تقييد أهلية النّكاح بالسن إلى تقليد غير المسلمين في المسألة، صرح بهذا الأستاذ علال الفاسي[2]. ومن هذا الوجه ردها الدكتور مصطفى السباعي بأن «ليس لهذا التحديد مستند من آراء الفقهاء الإسلاميّين ولكنه أخذ عن القوانين الغربيّة، وللغربيين بيئتهم وأوضاعهم الخاصة»[3].

وربما يكون في تقييد صحة النّكاح ببلوغ سن معينة، جلب مصلحة أو دفع مضرة قد تنتج عن الزَّواج في الصغر، لكن ظاهرة منع الزَّواج دونها ولو بلغ الزوجان أو أحدهما الحلم. وقد سبق للأستاذ علال الفاسيّ أن وصفه بأنَّه «تشدد خارج روح الشريعة وضغط لا موجب له»[4]. ومع ذلك لا تزال الفكرة تثار اليوم لا من أجل التشدد في تطبيق الفكرة كما وردت في قوانين الأحوال الشخصيّة؛ ولكن باقتراح رفع سن الزَّواج إلى الثّامنة عشرة في الفتى والفتاة

---

(١) ينظر المجلة العربيّة للفقه والقضاء: ع٢/ ٥٧.

(٢) ينظر النقد الذاتي: ٢٨٢.

(٣) ينظر المرأة بين الفقه والقانون: ٥٩.

(٤) ينظر التقريب شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة: ٢٠٣.

معاً، فيمنعان من الزَّواج دونها تبعاً لما جاء في الاتفاقات الدولية في هذا الشأن[١]. ويمكن رد هذا من وجهين:

أحدهما: أنّه ثبت في القرآن الكريم بدليل قطعي جواز زواج الصغيرة قبل بلوغها، في قوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾[٢]؛ ففيه بيان عدّة المطلقات اللائي لم يحضن. ومعلوم أن العدة لا تكون إلا بعد طلاق أو وفاة؛ والطّلاق لا يقع إلا بعد زواج؛ فثبت بهذا صحة زواج الصغيرات شرعاً. قال القرطبي في تفسير قوله تعالى ﴿وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾[٣]: «يعني الصغيرات فعدتهن ثلاثة أشهر»[٤]. ووصف ابن حجر الاستدلال بهذه الآية على جواز نكاح الصغيرة قبل البلوغ بأنّه «استنباط حسن»[٥]. وأيضاً ثبت أن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم تزوج عائشة وهي بنت ست سنين[٦]. ثم ثبت أن من الصحابة من كانوا يبكرون في تزويج أبنائهم وبناتهم فعن ابن عمر أنّه زوج ابناً له ابنة أخيه وابنه صغير يومئذ[٧] وعلى هذا صار أكثر الفقهاء ولم يخالف في ذلك إلا القليل[٨].

---

(١) من الإجراءات المقترحة فيما أطلق عليه مشروع خطة إدماج المرأة في التنمية مقترح «الرفع من سن الزَّواج إلى ١٨ سنة، وذلك طبقا للاتفاقية الدولية المتعلقة بحقوق الطفل التي صادق عليها المغرب في يونيو ١٩٩٣ بدون تحفظ ووفقا للتعريف الدولي للطفل». (ينظر مشروع هذه الخطة: ١٢٨).

(٢) سورة الطلاق، الآية ٤.

(٣) سورة الطلاق، الآية ٤.

(٤) الجامع لأحكام القرآن: م٩/ ١٨ج/ ١٠٩.

(٥) ينظر فتح الباري: ج١٠/ ٢٣٨ شرح الترجمة رقم ٣٩.

(٦) صحيح البخاري: كتاب النكاح، رقم الحديث: ٥١٣٣ وصحيح مسلم بشرح النووي: كتاب النكاح، رقم الحديث ١٤٢٢.

(٧) ينظر إرواء الغليل: ج ٦/ ٢٢٨ رقم ١٨٢٧.

(٨) ذكر ابن رشد ممن منعوا تزويج الصغر ابن شرمة. (ينظر بداية المجتهد: ج ٢/ ٦).

وليس هذا خاصاً عندهم بالصغيرة بل أجازوا تزويج الأب ابنه الصغير أيضاً، فقال الإمام الشافعيّ: «وللآباء تزويج الصغير ولا خيار له»[١]. وقال ابن قدامة: «ليس لغير الأب أو وصيه تزويج الغلام قبل بلوغه»[٢]. وهو ما يؤخذ منه عن طريق المفهوم أن تزويج الصغير خاص بالأب أو وصيه.

يحصل من هذا أن في إطلاق منع الزَّواج قبل السن المحددة مخالفة لما ورد في الشريعة في المسألة. وهو إجراء وصفه الأستاذ علال الفاسيّ بأنّه «إفراط لا مبرر له في روح الشريعة الإسلاميّة»[٣].

والثاني: أنّه لم يثبت في الشّرع اشتراط السن لانعقاد النّكاح، ولم يكن ركناً من أركان الزَّواج ولا شرطاً فيه بل أنّه يصح تزويج الصغار وتترتب عليه جميع آثار الزّواج[٤]. قال الأستاذ علال الفاسي: «هذا التنظيم لا يبطل نفس العقد لو وقع من ولي الصغير والصغيرة صحيحاً مثلاً، ويترتب عليه آثاره الشرعيّة. فلوا بلغ الزوجان وولدا؛ لم يكن للقاضي أن يمتنع عن نظر إثبات بنوة الأبناء من والدهم إذا تنازعوا، فيثبت النسب وتحرم أم الزوجة وسائر المحرّمات شرعاً أبداً ومؤقتاً»[٥].

---

(١) الأم: ج ٥/ ٢٢.

(٢) المغني: ح ٧/ ٣٩٢.

(٣) ينظر التقريب شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة: ١٢٢.

(٤) القانون المصري منع سماع دعوى الزوجيّة وآثارها قبل السن المحددة ما عدا دعوى النسب، وإن استثناء دعوى النسب من الحكم يدل على أن منع الزَّواج قبل السن المقدرة لا يقوم على أساس معتبر. قال الدكتور محمّد مصطفى شلبي في تعليقه على هذا الإجراء: «وظاهر أن هذا المنع لا تأثير له شرعاً في دعاوى النسب بل هي باقية على حكمها المقرر كما كانت رغما من التعديل الخاص بدعوى الزوجيّة». (ينظر كتابه أحكام الأسرة في الإسلام: ١٣٤).

(٥) التقريب شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة: ١٢١.

ب- ومما يمكن أن يتسبب فيه التشدد في منع الزَّواج دون السن المقدرة قانوناً هو أن يفتح الباب لقيام علاقات غير شرعيّة بين الفتيان والفتيات. وفي هذا إعلان بفشو الفاحشة في المجتمع المسلم؛ ذلك أنّه حينما يمنع المباح يفتح المجال لتعاطي الحرام[1].

٢ـ مناقشة الأدلة التي بنيت عليها الفكرة:

يظهر من خلال عرض الأدلة التي بنيت عليها فكرة تحديد أهلية النّكاح بسن معينة؛ أن بعض أصحابها أقاموها على مجموعة قواعد أصوليّة:

إحداها: قاعدة جلب المصلحة ودفع المفسدة، يعني أن تحديد أهلية النّكاح بالسن وضع كإجراء لتحقيق مصلحة الزّوجين والأسرة والمجتمع ولدفع المفسدة التي تحصل بسبب الزَّواج في الصغر.

ويؤخذ منه عن طريق المفهوم أن الزَّواج قبل السن المحددة حسب ظاهر هذه القوانين لا يحقق مصلحة ولا تنتج عنه إلا المفاسد. وهذا ليس على إطلاقه، فإن من شأن منع الزَّواج قبل سن المقدرة أن تنتج عنه مفاسد وأضرار تلحق المجتمع بكامله والفتيات فيه خاصة لما فيه من حرمانهن من زواج قد لا يتيسر بعد بلوغهن. وهنا تكون المصلحة في العمل على تيسير الزَّواج بدل التشدد في منعه. وقد أوضح السرخسي أن «المعني فيه - أي في نكاح الصغير والصغيرة - أن النّكاح من جملة المصالح وضعاً في حق الذكور والإناث جميعاً، وهو يشتمل على أغراض ومقاصد لا يتوفر ذلك إلا بين الأكفاء، والكفء لا يتفق في كل وقت، فكانت

---

(١) جاء في تقرير اللّجنة العلميّة التابعة لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلاميّة حول ما سمي بـ«مشروع خطة العمل الوطنية لإدماج المرأة في التنمية» أن «وثيقة الخطة تقترح رفع سن الزَّواج بالسُّنَّة للبث إلى ١٨ سنة طبقا للاتفاقية الدولية حول حقوق الطفل المصادق عليها عالميا من طرف المملكة المغربيّة سنة ١٩٩٣. وهذا أمر لا مسوغ له في الشرع، بل من شأنه أن يساعد على الفساد. (...). فكيف تمنع من حقها الطبيعي إذا كانت بالغة وراغبة في الزّواج، ولا يسمح لها بممارسته خارج الإطار الشرعيّ كما توصي بذلك المؤتمرات السائبة العالمية»؟. (نشر هذا التقرير في جريدة التحديد العدد ٥١، في ٥ شوال ١٤٢٠ الموافق ١٢ يناير ٢٠٠٠).

الحاجة ماسة إلى إثبات الولاية للولي في صغرها، ولأنه لو انتظر بلوغها لفات ذلك الكفء ولا يوجد مثله»[١].

ومن أجل هذا يبطل القول بالمنع المطلق للزواج قبل السن المقدرة، وتأتي الدّعوة إلى تقييده بضوابط مقبولة حتّى لا يعقد من أنكحة الصغار إلا ما تظهر مصلحته، بناءً على ارتكاب أخف الضررين[٢]. فالزّواج تدفع إليه الرغبة فيه مع توفر الباءة، فإذا توفرتا لم يكن معنى للتشدد في منعه.

والقاعدة الثّانية: سد الذريعة يعني سد الذريعة إلى المفاسد والأضرار التي تنتج عن الزَّواج في الصغر، ويمكن ردها بما سبق قوله عند مناقشة القاعدة الأولى، فإن ما أباحه الشّرع إذا ترتب عن استعماله مفاسد فإنّه يوضع له من الضوابط ما تدفع به الفساد ولا يمنع بالكل أبداً.

والقاعدة الثّالثة: هي حق ولي الأمر في تقييد المباح. وهي قاعدة أصوليّة ثابتة عند الأصوليين لكن الذي حصل في بعض القوانين أنها تعدت تقييد المباح إلى الحكم بمنعه مطلقاً، ولا يملك أحد منع ما أباحه الشّرع منعاً مطلقاً.

رابعاً: خلاصة:

نخلص من هذا كله إلى أن الحكم بمنع الزَّواج دون السن المقدرة في بعض القوانين المذكورة «إفراط لا مبرر له في روح الشريعة الإسلاميّة»[٣]، فيه مخالفة للنص الذي فيه جواز تزويج الصغيرة. وما قيل من حصول أضرار بسبب استمرار الزَّواج المبكر؛ فإن دفعها لا يقتضي منعه بإطلاق إذ من شأن منعه مطلقاً أن يفتح باب لفساد أشد مما ينتج عن الزَّواج

---

(١) ينظر المبسوط: ج٤/ ٢١٢- ٢١٣.

(٢) ينظر في شرح وتطبيق هذه القاعدة (نظرية التقعيد الفقهيّ للدكتور محمّد الروكي: ٥٠٣).

(٣) ينظر التقريب شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة: ١٢٢.

المبكر. من أجل هذا دعا الأستاذ علال الفاسيّ إلى عدم المبالغة في تنفيذه إلى حد إبطال ما وقع منه شرعاً، وأكد أنّه «إذا كان في التحديد مصالح لا تنكر؛ فإن في المبالغة في مراعاته أضراراً أشد، ودرء المضرة والمفسدة مقدم على جلب المصلحة شرعاً»[1].

لهذا وجب إعادة النّظر في الحكم بالمنع المطلق للزواج دون السن المقدرة عن طريق وضع ضوابط تترك فرصة لمن أراد أن يتزوج قبل بلوغها وهو يستطيع الباءة أن يرفع أمره إلى القاضي ليأذن له به بناءً على «وقائع قابلة للإثبات القضائي»[2].

ومنها اعتماد البلوغ الطبيعي، حتّى «إذا لم يثبت بلوغ النّكاح؛ كان البلوغ بالسن (...) وهو رأي جمهور الفقهاء»[3]. وهو ما ذهبت إليه بعض القوانين الأخرى واقترحه الأستاذ علال الفاسي.

ولقد أحسنت بعض قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة صنعاً بأن تركت لمن لم يبلغ السن المحددة للزواج وهو يرغب في الزّواج. فجاء في الفصل الثّامن من مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة أنّه «تكمل أهلية النّكاح في الفتى بتمام الثّامنة عشرة فإن خيف العنت رفع الأمر إلى القاضي وفي الفتاة بتمام الخامسة عشرة من العمر»، ففيه ربط زواج الفتى وحده دون السن المقدرة بإذن القاضي، فهو يتحرى في أمر زواجه حتّى إذا بدا له أن به تحقيق مصلحته أذن له به. وجاء في المادّة الرّابعة من قانون حقوق العائلة الأردني أنّه «يشترط في أهلية النّكاح أن يتم الخاطب الثّامنة عشرة والمخطوبة سن السّابعة عشرة من عمرها.

أ- وإذا كان طالب النّكاح مراهقاً لم يكمل الثّامنة عشرة وراجع القاضي وأقنعه بأنّه أكمل الخامسة عشرة من عمره وأنه يتحمل فللقاضي أن يأذن له بالزّواج.

---

(١) ينظر التقريب شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة: ١٢٢.

(٢) ينظر التعليق على قانون الأحوال الشخصيّة: ج١/ ٦٢.

(٣) ينظر الولاية على النفس للشيخ أبو زهرة: ٧١.

ب- وكذلك إذا رجعت المراهقة البالغة الخامسة عشرة ولم تكمل السّابعة عشرة من عمرها القاضي وطلبت منه الإذن بالزّواج برضا وليها، فإذا رآها القاضي متحملة فله أن يأذن لها بذلك». وجاء في الفصل الخامس من مجلة الأحوال الشخصيّة التونسيّة أنّه «يقدر سن البلوغ بالنّسبة للمرأة بتمام الخامسة عشرة وللرجل بتمام الثّامنة عشرة. وتزوج أحدهما دون السن المقررة يتوقف على إذن خاص من الحاكم وذلك بعد ثبوت البلوغ الطبيعي». وجاء في المادّة السّابعة من قانون الأُسرة الجزائريّ أنّه «تكتمل أهلية الرّجل في الزَّواج بتمام إحدى وعشرين سنة والمرأة ثمانية عشرة سنة، وللقاضي أن يرخص قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة».

فهذه مجموعة قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة اشترطت للزواج بلوغ سن معينة ولم تجزه دونها إلا بإذن القاضي، وقد تبين أن القانون المصري والسوري تشددا في المسألة، لكن دعا بعض الفقهاء المعاصرين إلى عدم التشدد في ذلك منهم الأستاذ علال الفاسي، فإنّه وإن استنكر تزويج الصغيرات وإجبارهنَّ عليه لما فيه من أضرار، فدعا إلى تحديد أهلية النّكاح ببلوغ سن الخامسة عشرة في الذكر والأنثى؛ إلا أنّه لم ير أن يمنع من بلغ النّكاح قبلها من الزَّواج إذا رغب فيه، فذكر أن «للتزوج في الصغر أضراره التي لا تنكر، وأن مبدأ التحديد يجب أن يقرر، ولا نرى في الفقه المالكيّ ما يمنع من اعتماده نظراً لما فيه من المصلحة العامّة التي أشرنا إليها. غير أنّه يجب مراعاة الجو في التحديد نفسه؛ لأن أجواء أوربا الغربيّة هي غير أجواء مصر والمغرب مثلاً. ولذلك يمكننا أن نمنع من تزويج الأنثى والذكر على السواء قبل إتمام خمسة عشر عاماً لأنّها السن الغالبة في بلوغ الشباب من الجنسين عندنا. وطبيعي أن يباح للبالغ أن يتزود وإلا فمعنى ذلك الإبقاء به في أحضان البغاء في المدّة التي يحياها عزباً إذا كان يريد أن يحصن نفسه وكذلك البنت البالغة»[1].

---

(١) ينظر النقد الذاتي: ٢٨٢.

ويستحب أن يأخذ القاضي رأي أولياء التّزويج في المسألة، فإن الأئمة فقهاء الأمصار جعلوا لولي الصغير أبيه أو وصيه حق تزويجه في الصغر لدخوله تحت كفالته ولّما جرت لعادة بتعهد سيرته بعد زواجه. قال السرخسي: «إنما تثبت الولاية فيه على الصغير لحاجته إلى التأدب وتعلم الأعمال وذلك يزول بالبلوغ»[1].

(١) المبسوط: ج٤/ ٢١٣.

المبحث الرّابع

حكم تحديد أكثر الصداق

توطئة:

الصَّدَاقُ هو ما يبذله الرّجل من مال للمرأة يدل به على رغبته في الزَّواج واستعداده لتحمل تبعاته. ولا نجد في القرآن ولا في السُّنَّة تحديد لأكثره ولا لأقله، بل يتم العقد بما يتراضى عليه الطرفان فتأخذ المرأة ما وسع الرّجل أن يدفعه إليها، والأصل فيه أن يكون ميسوراً. وقد ذهبت بعض الاجتهادات الفقهيّة المعاصرة إلى القول بتحديد أكثره إذا صار عقبة في وجه من يرغب في الزّواج.

أولاً: آراء الفقهاء المعاصرين في المسألة:

ذهبت بعض قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة إلى تحديد أكثر الصداق، فاشترطت ألا يتجاوز قدراً معيناً؛ فلم تكن قيمته «تتجاوز مائة دينار في جمهورية اليمن الديمقراطيّة[1] وثلاثمائة ريال في سلطنة عمان[2] وعشرة آلاف درهم في الإمارات[3] العربيّة المتحدة»[4].

وإلى القول بتحديد أكثره دعا من الفقهاء المعاصرين الشّيخ عبد الله بن زيد آل محمود فصرح بأنّه «متى رأى الحاكم تحديد الصداق بقدر معلوم يتلاءم مع مصلحة جميع النّاس

(١) المادة السّابعة عشرة من قانون المرأة، وهذا قبل توحيد اليمنين.

(٢) الإدارة السلطانية المؤرخة في ١٢-١-١٩٧٥.

(٣) القانون رقم ١٢ بتاريخ ٥/ ٧/ ١٩٧٥.

(٤) مقال وليم حداد في المجلة المغربيّة للقانون المقارن ع٥/ ١٩٨٦ كلية الحقوق بمراكش.

غنيهم وفقيرهم؛ فإنّه جائز قطعاً بلا شك، وليس في الشّرع ما يمنعه»[١].

فأفاد أن الأصل في المسألة هو عدم تحديده بقدر معين إلا إذا دعت إليه ضرورة. وهذه الفكرة حاضرة عند الأستاذ علال الفاسيّ تؤخذ عن طريق المفهوم من قوله: «نحن الآن لا نرى ضرورة للتحديد الرسمي، بل إن المسألة يجب أن تواجه بطريق الإرشاد من جهة، والقدوة الحسنة من جهة أخرى. على أن المرأة وأولياءها هم الذين يجب أن يتطور فكرهم في اعتبار الخطيب المتقدم إليهم»[٢]. فهو يربط تقدير أكثر الصداق بوجود ضرورة داعية إليه ولم يرها متحققة في وقته. أمّا الشّيخ عبد الله بن زيد آل محمود فكان صريحاً في قوله بوجوب وضع حد أقصى للصداق لوجود ما يدعو إليه في بلده.

ثانياً: الأدلة المعتمدة في المسألة:

بنى الشّيخ عبد الله بن زيد آل محمود قوله بتحديد أكثر الصداق بقدر معين على ما يلي:

١- عمل عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فإنّه نهى عن المغالاة في الصداق، فيما رواه الإمام أحمد[٣] وأصحاب السنن عن أبي الجعفاء السلمي أنّه سمع عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول: «لا تغالوا بصدق النّساء، فإنّها لو كانت مكرمة في الدنيا أو تقوى عند الله كان أولاكم بها النبي صلّى الله عليه وسلّم. ما أصدق رسول الله صلّى الله عليه وسلّم امرأة من نسائه ولا أصدقت امرأة من بناته أكثر من اثنتي عشرة أوقية»[٤].
احتج به الشّيخ عبد الله بن زيد لإثبات قوله بإمكان تقدير أكثر الصداق إذا صار عقبة في طريق الزّواج، ونفي صحة ما روي أن امرأة اعترضت على عمر بن الخطاب في ذلك فتراجع عمر عن قوله، إذ «لو كان هذا الاعتراض منها صحيحاً أو أن رجوع

---

(١) ينظر مجموعة رسائل الشّيخ عبد الله بن زيد: ٤٢٧.

(٢) ينظر النقد الذاتي: ٢٨٥-٢٨٦.

(٣) ينظر مسند الإمام أحمد: رقم الحديث ١٨٨٧.

(٤) سنن أبي داود: كتاب النّكاح، رقم الحديث: ٢١٠٦. وسنن الترمذي: كتاب النّكاح، رقم الحديث: ٢١١٤م.

عمر عن رأيه الأوّل صحيحاً؛ لما أهمل ذكره أهل الصحاح والسنن[١]، ولم ينفرد أبو يعلى[٢] بذكره دونهم لاعتباره ناسخاً لرأيه الأول. ولو كان رجوع عمر عن رأيه صحيحاً لما خفي على الصحابة رجالهم ونسائهم وقد خطب به على رؤوسهم فلم يحفظ عن أحد منهم القول به مع العلم أن الحق معه[٣]. فثبت ضعف معارضة المرأة لقول عمر[٤].

٢- إفضاء المغالاة في المهور إلى المحظور:

يرى الشّيخ عبد الله بن زيد أن مؤن النّكاح ومنها الصداق أصبحت عقبة كؤوداً في وجه المعوزين والمتوسطين من الناس، تحول بينهم وبين الزّواج ممن يرغبون أن ينكحوهن من بنات بلدهم، مما يفضي إلى ضرر عام بالنّساء والرجال والمجتمع كله.

- فبالنّسبة للنساء فإنهن أول المتضررات من المغالاة في المهور ببقائهن عوانس وأيامى في بيوت آبائهن، يتآكل شبابهن وتطوى أعمارهن سنة بعد سنة. من أجل هذا أوضح الشّيخ عبد الله بن زيد أنّه «بمقتضى العقل والنقل والحس والمشاهدة أن التغالي في المهور شؤم على كافة الجمهور، وضرره على النّساء أكبر»[٥].

---

(١) لم يورد أصحاب السنن- على الرغم من إيرادهم حديث عمر بن الخطاب في النهي عن المغالاة في الصداق- قصة اعتراض امرأة عليه.

(٢) هو القاضي أبو يعلي أحمد بن على بن المثني الموصلي: توفي سنة ٣٠٧هـ، ترجمته في تذكرة الحفاظ: ج٢/ ٧٠٧-٧٠٨، وسير أعلام النبلاء: ج١٤/ ١٧٤.

(٣) ينظر مجموعة رسائل الشّيخ عبد الله بن زيد: ٤١٤.

(٤) أورد عبد الرازق اعتراض امرأة على نهي عمر النّاس أن يغالوا في الصداق عن قيس بن الربيع عن أبي حصين عن أبي عبد الرحمن السلمي. لكن هذا الإسناد ضعيف من جهة قيس بن الربيع الأسدي، قال فيه ابن حجر: «صدوق تغير لما كبر، أدخل عليه ابنه ما ليس من حديثه فحدث به». (ينظر تقريب التهذيب: ج٢/ ١٢٨ رقم الترجمة: ١٣٩). ثم هو ضعيف من جهة أبي عبد الرحمن السلمي واسمه عبد الله بن حبيب لأبيه صحبة. حكي ابن حجر عن ابن معين أنّه لم يسمع من عمر بن الخطاب. (ينظر تهذيب التهذيب: ج٥/ ١٦١ رقم ٣١٧). وأخرجه أيضاً البيهقي وقال: «هذا منقطع». (ينظر السنن الكبرى للبيهقي: ج٧/ ٢٣٢).

(٥) ينظر مجموعة رسائل الشّيخ عبد الله بن زيد: ٤١٤.

- وبالنّسبة لما يفضي إليه التغالي في المهور من ضرر بالمجتمع فذكر أنّه يظهر فيما يلي:

أ- تفشي الزنى: ذلك أن من يعجز عن الزَّواج يلجأ - عند غياب الحصانة الدينية القوية إلى الزنى. وقد نبه الشّيخ عبد الله بن زيد إلى أن «قلة الزَّواج تفضى كثر الزنى[1] ومعلوم أنّه إذا عم ضرورة المجتمع كله[2].

ب- تعاطي المسلمين الزَّواج بالأجنبيات:

فإذا عسر نكاح المسلمات على المسلمين فإن منهم من يلجأ إلى طلب نكاح غيرهن ليسره. وقد ذكر الشّيخ عبد الله بن زيد أن هذا واقع اليوم حيث «آل بالكثير من شباب المسلمين إلى التزوج بالأجنبيات الوثنيات وبالنّساء العربيّات الملحدات اللاتي لا دين لهن ولا خلق»[3]. ولا يخفى ضرر الزَّواج بالأجنبيات غير المسلمات خاصة؛ لما ينجبن من أبناء ينشؤون في الغالب على دين أمهاتهم[4].

---

(١) ينظر مجموعة رسائل الشّيخ عبد الله بن زيد: ٤٢٥.

(٢) حذر رسول الله صلّى الله عليه وسلّم من تفشي الزني في قوله: «لا تزال أمتي بخير ما لم يفش فيهم ولد الزنى، فإذا فشا فيهم ولد الزنى فيوشك أن يعمهم الله عزّ وجلّ بعقاب». أخرجه الإمام أحمد في مسنده رقم الحديث: ٢٦٢٩٠. وروي الإمام مالك عن ابن عباس رضي الله عنه أنّه قال: «ما ظهر الغلول في قوم قط إلا ألقي في قلوبهم الرعب، ولا فشا الزنى في قوم قط إلا كثر فيهم الموت». (الموطأ، كتاب الجهاد، باب ما جاء في الغلول، رقم الحديث ٢٦).

فإذا فشا الزنى في المجتمع نتج عنه أبناء لا نسب لهم. قال الشّيخ المراغي: «من أقبح العصيان الزنا، ولاسيما من النّساء، لأن الفتنة بهن أكثر والضرر منهن أخطر لما يفضي إليه من توريث أولاد الزنى وانتسابهم إلى غير آبائهم»(ينظر في ظلال القرآن: ج٥/ ٣٢١).

(٣) ينظر مجموعة رسائل الشّيخ عبد الله بن زيد: ٤١٩.

(٤) مسبق القول في مبحث الزَّواج المسلمين بنساء أهل الكتاب أنّه قلت مراعاة المسلمين تحقيق مقصد الشَّارع من إباحة الزَّواج بالكتابات وهو رجاء إسلامهن.

من أجل هذا كله دعا الشّيخ عبد الله بن زيد إلى التدخل لسد ذريعة هذه الأضرار بتحديد قدر أعلى لأكثر الصداق لا يتجاوزه أحد فيطلبوا أكثر منه، لأنه «ليس في الشّرع ما يمنعه؛ إذ هو من المصالح المرسلة الملائمة لمقاصد الشّارع كما في الحديث؛ (يسروا[١] ولا تعسروا)»[٢].

هذا ما بنى عليه الشّيخ عبد الله بن زيد قوله بتحديد أكثر الصداق، ولم يصحح الاستدلال بقوله تعالى: ﴿ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَاراً فَلاَ تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْئاً ﴾[٣] على إباحة التّوسع في المهور لما ذكر أن الآية وردت مورد الزجر في المبالغة من أخذ شيء من مال المرأة سواء كانت مطلقة أو معلقة من كل ما ملكته من زوجها بطريق العطاء أو الصدقة ولو كان قنطاراً. (...) وسواء ما آل منه إليها من قبل النّكاح أو بعده»[٤]. فلم يقصر ما يؤتي الأزواج زوجاتهن على الصداق؛ بل هو شامل له ولغيره مما يعطيها مهما كثر. وهذا تأويل الجصاص فإنّه ذكر أن «قوله تعالى، يدل على أن من وهب لامرأته هبة لا يجوز له الرجوع فيها لأنّها مما آتاها. وعموم اللفظ قد حظر أخذ شيء مما آتاها من غير فرق بين المهر وغيره»[٥].

ثالثاً: مناقشة الأدلة:

بنى الشّيخ عبد الله بن زيد قوله بتحديد أكثر الصداق على دليلين اثنين أحدهما: نهي عمر بن الخطاب عن التغالي في الصداق، والثاني: قاعد دفع الضرر، ونفي أن يكون في قوله تعالى: ﴿ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَاراً فَلاَ تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْئاً ﴾؛ ما يدل على إباحة التّوسع في الصداق.

---

(١) صحيح البخاري: كتاب العلم، رقم الحديث ٦٩. وصحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الجهاد والسير، رقم الحديث ١٧٣٢.

(٢) ينظر مجموعة رسائل الشّيخ عبد الله بن زيد: ٤٢٧.

(٣) سورة النساء، الآية ٢٠.

(٤) المصدر نفسه: ٤١٣.

(٥) ينظر أحكام القرآن: ج٢/ ١١٠.

- فبالنّسبة لدليله الأوّل وهو نهي عمر بن الخطاب عن التغالي في صدقات النّساء؛ فإنّه ثابت عنه رضي الله عنه، ولم يصح أنّه تراجع عنه لاعتراض امرأة عليه إذ «لو كان رجوعه عن رأيه صحيحاً لما خفي على الصحابة رجالهم ونسائهم، وقد خطب به على رؤوسهم فلم يحفظ عن أحد منهم القول به»[١]. وقد أورد أهل الصحاح[٢] وأهل السنن نهيه عن كثرة الصداق ولم يذكروا معارضة امرأة له. وهو ما حققه الحافظ ابن حجر فذكر أن «أصل قول عمر» لا تغالوا في صدقات النّساء»؛ هو عند أصحاب السنن[٣] وصححه الحاكم[٤]، وليس فيه قصة المرأة»[٥]. وإنّما اشتهرت قصة معارضة المرأة لعمر «وانتشرت وعم العلم بها جميع مشارق الأرض ومغاربها فلا تجد عالماً[٦] ولا عامياً إلا ويحفظها فكانت من الضعيف المشهور»[٧].

وبهذا يثبت ما احتجّ به الشّيخ عبد الله بن زيد في منع التغالى في المهور. لكن إذا ثبتت صحة ما روي عن عمر بن الخطاب في النهي عن المغالاة في المهور؛ فإن الشّيخ عبد الله بن زيد بنفيه أن تكون في قوله تعالى: ﴿ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَاراً ﴾، دلالة على جواز التّوسع في صدقات النّساء[٨]؛ يكون قد خالف به من سبقه من العلماء، ذلك أن الأزواج لا يشتركون في شيء يعطونه زوجاتهم إلا الصداق، فمنهم من يتوسع فيه فيعطيها قنطاراً ومنهم من لا يتوسع فيه، وإن الزوجة تملك ما يعطيها زوجها من الصداق سواءً كان قليلاً أو كثيراً. ونهت

(١) ينظر مجموعة رسائل الشّيخ عبد الله بن زيد: ٤٢٠

(٢) المراد بهم هنا ابن حبان والحاكم.

(٣) ينظر سنن الترمذي: كتاب النّكاح، رقم الحديث ١١١٤م. وقال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح». وسنن ابن ماجة: كتاب النّكاح، رقم الحديث: ١٨٨٢.

(٤) ينظر المستدرك على الصّحيحين: كتاب النّكاح ج٢/ ١٧٦. وقد وافق الذهب الحاكم على تصحيحه.

(٥) ينظر فتح الباري: ج١٠/ ٢٥٦، عند شرح الترجمة رقم ٥٠.

(٦) ساقها ابن كثير في تفسيره.

(٧) ينظر مجموعة رسائل الشّيخ عبد الله بن زيد: ٤٢٥-٤٢٦.

(٨) المصدر نفسه: ٤٢٦.

الآية عن أخذ شيء مما آتى زوج زوجته من صداق أو هبة، وإلى هذا ذهب أغلب العلماء والمفسرين. فعند ابن كثير أن «في هذه الآية دليلاً على جواز الإصداق بالمال الجزيل»(١)، وعند أبي بكر ابن العربيّ أن «قوله تعالى: ﴿ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَاراً ﴾؛ فيه جواز كثرة الصداق»(٢). وذكر القرطبي أن اختلاف العلماء في الصداق ورد في أقله، وأما أكثره فقد «أجمع العلماء على أن لا تحديد في أكثر الصداق لقوله تعالى: ﴿ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَاراً ﴾(٣) وساق عدّة أحاديث فيها وقوع أنكحة بقدر كبير من الصداق(٤).

ونقل ابن عطية عن بعض النَّاس قولهم «يجوز المغالاة في المهور لأن الله تعالى قد مثل بقنطار، ولا يمثل تعالى إلا بمباح»(٥). كما نقل قول غيرهم ممن يخالفونهم في هذا ورده بما يدفع دعوى القرطبي الإجماع على أن لا تحديد في أكثر الصداق(٦). وأورد البخاري هذه الآية في إحدى تراجمه فقال: باب قوله تعالى: ﴿ وَآتُواْ النَّسَاء صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾ وكثرة المهر وأدنى ما يجوز من الصداق، وقوله تعالى: ﴿ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَاراً فَلاَ تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْئاً ﴾(٧). أخذ منه ابن حجر أن فيه إشارة إلى كثرة المهر»(٨).

---

(١) ينظر تفسير ابن كثير للآية.

(٢) ينظر أحكام القرآن لابن العربيّ: ج١/ ٣٤٦.

(٣) ينظر الجامع لأحكام القرآن: ج١/ ٣٦٤.

(٤) منها أن عمر بن الخطاب أصدق أم كلثوم بنت عليٍّ من فاطمة رضوان الله عليهم أربعين ألف درهم. ومنها أن رجلا من الصحابة تزوج امرأة فدخل بها ولم يفرض لها صداقا ولم يعطها شيئاً وكان ممن شهد الحديبية وله سهم، فلما حضرته الوفاة قال أن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم زوجني فلانة ولم أفرض لها صداقا ولم أعطها شيئاً وإني أشهدكم أني قد أعطيتها من صداقها سهمي بخيبر فأخذت سهما فباعته بمائة ألف. لكن المغالاة في المهور لم تكن قاعدة في الزَّواج وإنّما كان مقداره يتحدد بحسب يسر الزّوج أو عسره فيتراضى عليه الطرفان.

(٥) ينظر المحور الوجيز لابن عطية: ج٢/ ٢٩.

(٦) المصدر نفسه.

(٧) صحيح البخاري: كتاب النّكاح الباب رقم ٥٠.

(٨) ينظر فتح الباري: ج١٠/ ٢٥٦ عند شرح الحديث رقم ٥١٤٨.

فهذه الأقوال كلها تفيد أنّه يؤخذ من قوله تعالى: ﴿وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَاراً﴾؛ جواز التّوسع في الصداق، وإن لم تكن سيقت من أجل هذا كما قاله الشّيخ عبد الله بن زيد آل محمود.

لكن الحكم بإباحة النّكاح على مهر كثير إذا كان العمل به يفضي إلى إرهاق الأزواج؛ فإنّه ينقلب إلى الحظر. وقد قال ابن تيمية: «من كان له يسار ووجد فأحب أن يعطي امرأته صداقاً كثيراً فلا بأس بذلك كما قال تعالى: ﴿وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَاراً فَلاَ تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْئاً﴾[1]، أمّا من يشغل ذمته بصداق لا يريد أن يؤديه أو يعجز عن وفائه؛ فهذا مكروه»[2]. فربط الإصداق الكثير بسعة الأزواج من غير تكلف؛ فإذا صار في دفعه مشقة انقلب إلى الكراهة.

- وبالنّسبة لدليله الثّاني وهو تحقيق المصلحة العامّة ودفع الضرر؛ فإنّه بالنظر إلى ما آل إليه الأمر بسبب المغالاة في المهور؛ يتأكد أن الضرر قد حصل فعلاً في المجتمع بسبب غلاء المهور؛ حيث أصبح المهر عقبة لا يفلح في تجاوزها إلا أهل اليسار، وصار إنجاز عقد الزّواج لا يختلف في جانب الصداق عن عقد البيع، ويدفع العجز عن توفير القدر المطلوب منه بعض الشباب إلى طلب الزّواج بغير المسلمات مع ما فيه من ضرر، ويدفع آخرين إلى الزّنا وهذا ضرر ليس بعده ضرر. وبهذا تثبت الحجة التي بنى عليها الشّيخ عبد الله بن زيد قوله بمنع التغالي في المهور.

بناءً على هذا يكون الأصل في الصداق أنّه يرتبط بسعة الزوج؛ فمن كان غنياً وطابت نفسه أن يصدق زوجته مالاً كثيراً فله ذلك، ومن كان دونه فلا يكلف نفسه ما لا يستطيعه

---

(١) سورة النساء، الآية ٢٠.

(٢) مجموعة الفتاوى: ج٣٢/ ١٢٣.

لقوله تعالى: ﴿ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ﴾[١]. ولقد ثبت الترغيب في تيسير الصداق في السُّنَّة النبوية في قوله صلّى الله عليه وسلّم: «إن من يمن المرأة تيسير خطبتها وتيسير صداقها وتيسير رحمها»[٢]. وزوج صلّى الله عليه وسلّم علياً بن أبي طالب بنته فاطمة على درع حطمية[٣]. أخرج النسائي بسنده إلى ابن عباس رضي الله عنهما أنّه لما تزوج علي رضي الله عنه فاطمة رضي الله عنها قال له رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: «أعطها شيئاً. قال: ما عندي، قال: فأين درعك الحطمية؟ قال علي: عندي. قال: أعطها إياه»[٤]. وتفاوتت صدقات زوجات النبي صلّى الله عليه وسلّم كما تفاوتت صدقات زوجات الصحابة رضوان الله عليهم؛ فأخبرت عائشة رضي الله عنها أن صداق رسول الله لأزواجه «كان ثنتي عشرة أوقية ونشا (...). فهذا صداق رسول الله صلّى الله عليه وسلّم لأزواجه»[٥]. وهذا الخبر هو عن غالب أزواجه صلّى الله عليه وسلّم؛ لأن صفية بنت حيي من جملتهن وأصدقها نفسها[٦]، (...) وزينب بنت جحش لم يذكر لها صداقاً[٧]، وحبيبة بنت أبي سفيان أصدقها النجاشي أربعة آلاف درهم فخرج هؤلاء من عموم خبر عائشة[٨].

---

(١) سورة البقرة، الآية ٢٣١.

(٢) مسند الإمام أحمد: رقم الحديث ٢٣٩٧٥.

(٣) هي درع سابغة تحطم السيوف.

(٤) سنن النسائي: كتاب النكاح، رقم الحديث ٣١٦٠ و ٣١٦١.

(٥) صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب النكاح رقم الحديث ١٤٢٦. وسنن ابن ماجة: كتاب النكاح، رقم الحديث ١٨٨٦.

(٦) في الحديث عن النبي صلّى الله عليه وسلّم أنّه أعتق صفية وجعل عتقها صداقها. رواه الإمام مسلم؛ ينظر صحيحه بشرح النووي: كتاب النكاح، رقم الحديث: ١٣٦٥م٣.

(٧) قصة زواج رسول الله صلّى الله عليه وسلّم بزينب عند الإمام مسلم، ينظر صحيحه بشرح النووي: كتاب النكاح رقم الحديث ١٤٢٨م١ - ١٤٢٨م٧.

(٨) ينظر المفهم: ج٤/ ١٣٤ عند شرح الحديث رقم ١٤٧٨.

وتزوج أبو طلحة[١] أم سليم[٢]، وكان مهرها هو دخوله في الإسلام[٣]. وزوج رسول الله صلّى الله عليه وسلّم امرأة من رجل ودخل بها ولم يفرض لها صداقاً فلما حضرته الوفاة أعطاها صداقها سهمه بخيبر فأخذت سهمها فباعته بمائة ألف[٤].

كما ذم الرسول صلّى الله عليه وسلّم من كلف ما لا يطيقه من الصداق، فأخرج الإمام مسلم من حديث يزيد بن كيسان عن أبي حازم عن أبي هريرة قال: جاء رجل إلى النبي صلّى الله عليه وسلّم فقال: إني تزوجت امرأة من الأنصار، فقال له النبي صلّى الله عليه وسلّم على كم تزوجتها؟ قال: على أربع أواق. فقال له النبي صلّى الله عليه وسلّم: على أربع أواق؟ كأنما تنحتون الفضة من عرض هذا الجبل»[٥]. وأخذ منه النووي «كراهة إكثار المهر بالنّسبة لحال الزوج»[٦]. وأنكر على ابن أبي حدرد[٧] سؤاله النّاس من أجل صداق زوجته؛ فعنه أنّه تزوج امرأة فأتى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم من أجل صداق زوجته؛ فعنه أنّه تزوج امرأة فأتى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم يستعينه في صداقها، فقال: «كم أصدقت؟ قال: فقلت: مائتي درهم. فقال: «لو كنتم تغرفون الدراهم من أوديتكم ما زدتم، ما عندي ما أعطيكم»[٨]. ففيه أنّه غضب عليه لأنه أحوج نفسه إلى الاستعانة والسّؤال. ومن هذا الحديث

---

(١) صحابي اسمه زيد بن سهيل الأنصاري النجاري، كان زوج أم سليم؛ أم أنس بن مالك. ترجمته في أسد الغابة ج٥/ ١٨١، رقم ٦٠٢٩.

(٢) هي الصحابية أم سليم بنت ملحان الأنصارية؛ أم أنس بن مالك، قيل اسمها الرميصاء، ترجمتها في أسد الغابة: ج٦/ ٣٤٥ رقم ٧٤٧١.

(٣) سنن النسائي: كتاب النّكاح، رقم الحديث ٣١٣٢.

(٤) سنن أبي داود: كتاب النّكاح، رقم الحديث ٢١١٧. وقال أبو داود: «يخاف أن يكون هذا الحديث ملزقا لأن الأمر على غير هذا».

(٥) صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب النّكاح، رقم الحديث ١٤٢٤.

(٦) ينظر صحيح مسلم بشرح النووي: ج٩/ ١٧٨ عند شرح الحديث رقم ١٤٢٤.

(٧) هو الصحابي: طلحة بن أبي حدرد الأسلمي، اسمه سلامة ترجمته في أسد الغابة: ج٢/ ٤٦٥ رقم ٢٦١٧.

(٨) مسند الإمام أحمد: رقم الحديث ٢٣٣٦٥.

أخذ ابن تيمية أنّه «يكره للرجل أن يصدق المرأة صداقاً يضر به إن نقده، ويعجز عن وفائه إن كان ديناً»[١].

يظهر من هذه الأحاديث أن تيسير الصداق كان سمة الزَّواج في العهد النبوي[٢]، وأن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم ذم أن يتكلف المرء في طلبه. من أجل هذا ذهب ابن تيمية إلى أن «المستحب في الصداق مع القدرة واليسار؛ أن يكون جميع عاجله وآجله لا يزيد على مهر أزواج النبي صلّى الله عليه وسلّم ولا بناته. وكان ما بين أربعمائة إلى خمسمائة بالدراهم الخاصة، نحواً من تسعة عشر ديناراً، فهذه سنة رسول الله صلّى الله عليه وسلّم، من فعل ذلك فقد استن بسنة رسول الله صلّى الله عليه وسلّم في الصداق (...) فمن دعته نفسه إلى أن يزيد صداق ابنته على صداق بنات رسول الله صلّى الله عليه وسلّم اللواتي هن خير خلق الله في كل فضيلة، وهن أفضل نساء العالمين في كل صفة، فهو جاهل أحمق. وكذلك صداق أمهات المؤمنين. وهذا مع القدرة واليسار، فأما الفقير ونحوه فلا ينبغي له أن يصدق المرأة إلا ما يقدر على وفائه من غير مشقة»[٣].

رابعاً: خلاصة:

ما يمكن الخلاصة إليه هنا هو أن النَّاس إذا تغالوا في المهور فلم يعد يقدر على دفعه إلا أهل اليسار وجب التدخل لتحديد أكثره وتوعية النَّاس بالزّواج على دين الرّجل وخلقه لا على ماله. ويؤيد ترجيح تحديد أكثره ما يلي:

---

(١) ينظر مجموعة الفتاوى: ج٣٢/ ١٢١.

(٢) يكفي للدّلالة على هذا ذكر ما أخرجه البخاري عن سهل بن سعد الساعدي في قصة المرأة التي وهبت نفسها لرسول الله صلّى الله عليه وسلّم، ففيه أنّه «قام رجل فقال: يا رسول الله أنكحنيها. قال: هل عندك من شيء؟ قال: لا، قال: أذهب فأطلب ولو خاتما من حديد. فذهب وطلب، ثم جاء فقال: ما وجدت شيئاً ولا خاتما من حديد. قال: هل معك من القرآن شيء؟ قال: معي سورة كذا، وسورة كذا، قال: أذهب فقد أنكحتها بما معك من القرآن». صحيح البخاري: كتاب النّكاح، باب التزويج على القرآن وبغير صداق، رقم الحديث ٥١٤٩. والموطأ: كتاب النّكاح، باب ما جاء في الصداق والحباء، رقم الحديث ٨.

(٣) ينظر مجموعة الفتاوى: ج٣٢/ ١٢٢.

١- عمل عمر بن الخطاب رضي الله عنه إذ نهى عن المغالاة في الصداق من أجل دفع مفسدة تعسير الزَّواج وجلب مصلحة تيسيره، وموافقة الصحابة له في هذا. فإنّه لم ينقل عن أحد منهم رضي الله عنهم أنّه خالفه فيما ذهب إليه إلا ما اشتهر أن امرأة عارضته فرجع عن رأيه، وقد تبين ضعف روايتها.

ونظير هذه المسألة تسعيره رضي الله عنه بيع السلع عند خروج النَّاس عن المعروف مع أن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم امتنع عن أن يسعر للناس. وذلك في حديث أنس رضي الله عنه قال: «غلا السعر بالمدينة على عهد رسول الله صلّى الله عليه وسلّم فقالوا: سعر لنا يا رسول الله صلّى الله عليه وسلّم فقالوا: سعر لنا يا رسول الله فقال: إن الله هو المسعر القابض الباسط وإني أرجو أن ألق الله وليس أحد يطلبني بمظلمة في أهل ولا مال»[1].

وهذا يدخل في باب تعزيره النَّاس باعتباره أمير المؤمنين إذا هم حادوا عن التزام الشرع. قال ابن القيم: «وكان له رضي الله تعالى عنه في التعزير اجتهاد وافقه عليه الصحابة لكمال نصحه ووفور علمه، وحسن اختياره للأمة وحدوث أسباب اقتضت تعزيرهم بما يردعهم. ولم يكن مثلها على عهد رسول الله صلى الله تعالى عليه وآله وسلم أو كانت ولكن زاد النَّاس عليها وتتابعوا فيها (...). وهذا باب واسع اشتبه فيه على كثير من النَّاس الأحكام الثابتة اللازمة التي لا تتغير بالتعزيرات التابعة للمصالح وجوداً وعدماً»[2].

ولا شك أن «تحديد المهور والقول بجوازه يتمشى على القول بجواز تسعير الطعام إذ أنّه لا يقل في الضرر عنه»[3].

٢- تقرير أن الزَّواج حلال والحلال يجب أن يكون ميسوراً:

---

(١) سنن أبي داود: كتاب البيوع، رقم الحديث ٢٩٩٤، وسنن الترمذي: كتاب البيوع، رقم الحديث ١٣١٤، وقال الترمذي: «هذا حديث سنن صحيح».

(٢) ينظر إغاثة اللهفان: ج١/ ٣٣٣.

(٣) ينظر مجموعة رسائل الشّيخ عبد الله بن زيد: ٤٢٩.

* انطلاقاً من كون الزَّواج هو الوسيلة الشرعيّة الوحيدة لحفظ النسل الذي هو أحد الضروريات الخمس التي تدور عليها الشريعة الإسلاميّة، فكان ضرورياً؛ ومن كون الصداق الذي يرتبط بعقد الزَّواج هو من حاجيات الزَّواج يعبر به الزّوج عن نيته في التضحية في سبيل تكوين بيت الزوجيّة، فإنّه لا ينبغي أن يكون مانعاً من تحقيق الزّواج، لأن الضروري يقدم على الحاجي عند التعارض. وهذا قول الدكتور أحمد الريسوني: «إذا تعارض المهر مع الزَّواج نفسه فأصبح مانعاً منه؛ وجب تقديم الضروري على الحاجي، ولم يجز تعطيل الزَّواج بسبب المهر أو بسبب المغالاة فيه بل يجب تحصيل الزَّواج ولو بمهر قليل (...). فالضروري لا يسقط الحاجي بل يسقط الحاجي الضروري»[1].

وبناءً على هذا، فإنّه إذا كان طريق الوصول إلى تحقيق يسر الزَّواج هو تسعير الصداق؛ وجب تحديده؛ لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب. ولأن «المغالاة فيه مكروهة لأنّها من باب السرف والتسعير والمباهاة»[2].

---

(١) نظرية التقريب والتغليب: ٣٧٠.

(٢) ينظر المفهم: ج٤/ ١٣٥ عند شرح الحديث رقم ١٤٧٨. وأيضاً مجموعة الفتاوى: ج٣٢/ ١٢٣.

المبحث الخامس

حكم إلغاء ولاية التزويج

توطئة:

لم يسبق لأحد من الفقهاء أن قال بإلغاء ولاية التزويج، فهي فكرة قائمة في جميع المذاهب الفقهيّة، والأصل فيها حماية المرأة وتكريم عقد الزّواج. لكن حدث أن تغير نظر بعض النَّاس إليها فرأوا فيها احتقار للمرأة وإهانة لها. ومن ثم دعوا إلى تحريرها من مشاركة وليها في زواجها.

أولاً: من قال بإلغاء ولاية التزويج من المعاصرين:

أعطت بعض قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة الحق للمرأة في أن تزوج نفسها بنفسها، منها مجلة الأحوال الشخصيّة التونسيّة التي نصّت في فصلها التّاسع على أن «للزوج والزوجة أن يتوليا زواجهما بأنفسهما». وكذا مشروع القانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة الذي نصَّ في مادّته العشرين على أنّه «يتولى الزوجان المتمتعان بالأهلية وفق أحكام هذا القانون عقد زواجهما، ولهما التوكيل بذلك». وأيضاً نصَّ في الفقرة الثّالثة من المادّة الثّالثة والثلاثين على أنّه «يشترط في صحة عقد الزَّواج موافقة الولي بالنّسبة لمن لم تكتمل أهليته للزواج وفق أحكام هذا القانون». فيؤخذ منها عن طريق المفهوم أن موافقة الولي تشترط فقط في عقد زواج من لم تكتمل أهليته له، وهي سن الثّامنة عشرة بالنّسبة للفتاة[1]. وأما التي تعدت هذه

(١) هذا ما نصّت عليه المادّة الثّامنة من هذا المشروع ونصها: «تكمل أهلية الزَّواج بالعقل، وبلوغ الفتى سن الرشد القانوني، وإتمام الفتاة الثّامنة عشرة».

السن فإن لها الحق بمقتضى هذه الفقرة في أن تزوج نفسها بنفسها. ومن هذه القوانين أيضاً مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة فإنّها ميَّزت بين المرأة ذات الأب - فهذه اشترطت في زواجها حضور الولي[١] - وبين التي ليس لها أب، فجعلت الأمر إليها في نكاحها في الفقرة الرّابعة من الفصل الثّاني عشر المعدل في ١٠ شتنبر سنة ١٩٩٣. ونصها «للرشيدة التي لا أب لها أن تعقد على نفسها أو توكل من تشاء من الأولياء»[٢].

ولم تبين شروح مجلة الأحوال الشخصيّة التونسيّة ما اعتمدته من أدلّة في إعطاء المرأة حق تزويج نفسها بنفسها، وكذلك لم تبينه المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة. أمّا مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة؛ فإن «العلّة فيما ذهبت إليه، هي حمايتها المرأة من ضغوط الولي الذي قد يمانع في زواجها بسبب الإرث أو غيره من الأسباب. كما أن ظروف العمل قد تؤدي بالمرأة الرشيدة إلى أن تقيم بعيداً عن مسقط رأسها، فإذا لم يكن لها أب فقد يتعذَّر عليها تعيين ولي عنها»[٣].

ثانياً: آراء الفقهاء وأدلتهم في المسألة:

اختلف الفقهاء في مسألة ولاية التّزويج وتوزعت آراؤهم على عدّة أقوال[٤] أشهرها

---

(١) تنص الفقرة الثّانية من الفصل الخامس على أنّه «يشترط في صحة عقد الزَّواج حضور شاهدين عدلين سامعين في مجلس واحد الإيجاب والقبول من الزّوج أو نائبه ومن الولي». ففيها اشترط الولي في مجلس العقد.

(٢) هذه الفقرة تنسجم واقتراح الأستاذ محمّد ميكو إلغاء ولاية التّزويج بالنّسبة للمرأة التي لا أب لها في قوله: «إذا كانت خصوصية المجتمع تحتم وجود الولي؛ فلتقصر على الأب في الحلول محل ابنته في العقد عليها بتفويض منها. فإذا مات يحق لها أن تعقد على نفسها وعلى غيرها. فيتيمة الأب إذن تملك مطلقاً الولاية القاصرة والمتعدية». (ينظر مقاله: الولاية والتعدد والطّلاق، نشر مجلة المناهل: عدد ٤٣ ص١٩٧).

(٣) ينظر مقال «الولاية في الزَّواج وشروط العقد»، للأستاذ عبد الهادي بو طالب، نشر مجلة الأمن الوطني ع ١٧٧ ص ٩.

(٤) ذكر الدكتور محمّد الروكي أنّه تتبع بعض أقوال الفقهاء في هذه المسألة فوجد فيها ثمانية أقوال تؤول إلى أصلين أثنين هما: القول باشتراط الولاية، والقول بعد اشتراطها. (ينظر مقاله: ولاية التّزويج في الاجتهاد الفقهيّ المعاصر، ضمن كتاب الاجتهاد الفقهيّ أي دور وأي جديد؟ صفحة ١٥٥).

اثنان: أحدهما أن ولاية التّزويج شرط في صحة عقد النّكاح، وهو مذهب جمهور الفقهاء واختارت العمل به مجموعة من قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة وعدد من الفقهاء المعاصرين. والقول الثّاني أنها ليست شرطاً في صحته، وهو قول الحنفيّة. وهذا تفصيل قولهم جميعاً:

١ ـ من يرى اشتراط ولاية التزويج وأدلتهم:

هذا مذهب جمهور الفقهاء وفيهم الأئمة مالك والشافعيّ وأحمد وابن حزم كلهم ذهبوا إلى أن النّكاح لا يصح إلا بولي. جاء في المدوّنة الكبرى: «قلت: أرأيت لو أن امرأة زوجت نفسها ولم تستخلف عليها من يزوجها فزوجت بغير أمر الأولياء وهي ممن لا خطب لها أو هي ممن الخطب لها؟ قال: قال مالك: لا يقر هذا النّكاح أبداً على حال. وإن تطاول وولدت منه أولاد؛ لأنّها هي عقدت عقدة النّكاح فلا يجوز على حال»[١]. ففيه نفي الإقرار بتزويج المرأة نفسها بإطلاق. وصرح ابن حزم بأنّه «لا يحل للمرأة نكاح ثيباً كانت أو بكراً إلا بإذن وليها»[٢]. وحكى ابن قدامة أن هذا القول مروي عن عدد من الصحابة منهم عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعائشة رضي الله عنهم، وإليه ذهب سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد والثوري وابن أبي ليلى وابن شبرمة وابن المبارك وعبيد الله العنبري والشافعيّ وإسحاق وأبو عبيد[٣].

ولقد اختار العمل بهذا القول عدد من قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة منها قانون الأُسرة الجزائريّ فإنّه نصَّ في المادّة التّاسعة على أنّه «يتم عقد الزَّواج برضى الزّوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصداق». ونص في المادّة الحادية عشرة على أنّه «يشترط لصحة الزَّواج اجتماع رأي الولي والمولى عليه». وأما مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة فقد سبق القول أنها

(١) المدونة الكبرى: ج ٢/ ١٧٩.

(٢) ينظر المحلي: ج ٩/ ٢٥ رقم المسألة ١٨٢٥.

(٣) ينظر المغني: ج ٧ / ٣٣٧.

تشترط الولاية في النّكاح على المرأة ذات الأب وحدها، وألغتها بالنّسبة للرشيد التي لا أب لها، فجاء في الفقرة الثّانية من الفصل الخامس المعدل في ١٠ شتنبر ١٩٩٣ أنّه «يشترط في صحة عقد الزّواج حضور شاهدين عدلين سامعين في مجلس واحد الإيجاب والقبول من الزّوج أو نائبه ومن الولي». وجاء في الفقرة الأولى من الفصل الثّاني عشر أن «الولاية حق للمرأة فلا يعقد عليها الولي إلا بتفويض من المرأة على ذلك». وجاء في الفقرة الثّانية منه أنّه «تفوض المرأة لوليها أن يعقد عليها». فدلت هذه النّصوص الثلاثة على أن ولاية التّزويج شرط في صحة عقد نكاح المرأة ذات الأب خاصّة، وأما التي لا أب لها فتم استثناؤها في الفقرة الرّابعة من هذا الفصل[1].

ومن الفقهاء المعاصرين الذين اختاروا العمل بمذهب الجمهور في المسالة الشّيخ محمّد عبده[2] والشّيخ محمّد الطّاهر بن عاشر[3] والأستاذ علال الفاسيّ والشّيخ الدكتور يوسف القرضاوي. لقد وصف الأستاذ علال الفاسيّ عقد المرأة على نفسها بأنّه «لا يتفق مع ما جبلت عليه من الحياء ومن رغبة المجتمعات الإسلاميّة في بقاء جو الزّواج الذي ترضى فيه المرأة، ولكن لا تستبد دون أسرتها؛ لأن الأمر يهمهم جميعاً»[4]. ونبه الشّيخ الدكتور القرضاوي إلى أن «ليست المرأة المسلمة الشريفة هي التي تزوج نفسها بدون إذن أهلها، فإن كثيراً من الشبان يختطفون الفتيات ويضحكون على عقولهن، فلو تركت الفتاة الغرة لنفسها ولطيبة قلبها ولعقلها الصغير؛ لأمكن أن تقع في شراك هؤلاء، وأن يخدعها الخادعون من ذئاب الأعراض ولصوص الفتيات، لهذا حماها الشّرع وجعل لأبيها أو وليها أياً كان حقاً في تزويجها ورأياً في ذلك، واعتبر إذنه ورضاه كما هو مذهب الجمهور»[5].

---

(١) يعني الفصل الثّاني عشر المعدل، وقد سبق ذكره في بداية هذا المبحث.

(٢) ينظر الأعمال الكاملة للشيخ محمّد عبده: ج ٤/ ٦٠٨-٦٠٩.

(٣) ينظر التحرير والتنوير؟: ج ٢٠/ ١٠١ وكذلك مقاصد الشريعة للشيخ محمّد الطّاهر بن عاشور: ١٥٨.

(٤) ينظر التقريب شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة: ١٢٩.

(٥) ينظر فتاوى معاصرة للقرضاوي: ج ٢/ ٨٦-٨٧.

واحتجّ الجمهور لقولهم بالكتاب والسُّنَّة.

- فأما ما احتجوا به من الكتاب فما يلي:

- قوله تعالى: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ ﴾(١). أخذوا منه أن ليس للمرأة أن تزوج نفسها بنفسها، وإنّما ذلك من عمل الأولياء. فهم الذين نهاهم الله عزّ وجلّ في هذه الآية عن عضل النّساء أن ينكحن أزواجهن. وأنه تعالى لم ينههم عن ذلك إلا لأن لهم الحق في تزويجهن. وهذا تفسير الإمام الشافعيّ للآية فإنّه حكى عن بعض أهل العلم أن المراد في قوله تعالى: ﴿ فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ ﴾ هم الأولياء، ووافقهم عليه بقوله: «ولا أعلم الآية تحتمل غيره، لأنه إنما يؤمر بأن لا يعضل المرأة من له سبب إلى العضل بأن يكون يتم به نكاحها من الأولياء. والزوج إذا طلقها فانقضت عدتها؛ فليس بسبيل منها فيعضلها. وإن لم تنقض عدتها فقد يحرم عليها أن تنكح غيره، وهو لا يعضلها عن نفسه. وهذا أبين ما في القرآن أن للولي مع المرأة في نفسها حقاً»(٢). وكذلك قال ابن قدامه: «وأما الآية فإن عضلها؛ الامتناع عن تزويجها. وهذا يدل على أن نكاحها إلى وليها»(٣). ووصف ابن عبد البر الاحتجاج بهذه الآية في إثبات ولاية التّزويج بأنّه «أصحّ شيء وأوضحه في أن للولي حقاً في الإنكاح، ولا نكاح إلا به، لأنه لولا ذلك ما نهي عن العضل ولا استغني عنه»(٤).

- وقوله تعالى: ﴿ وَلاَ تَنكِحُواْ الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ وَلأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ وَلاَ تُنكِحُواْ الْمُشِرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُواْ وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ أُوْلَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ وَاللّهُ يَدْعُوَ إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ ﴾(٥). احتجّ به الجمهور لإثبات شرط

(١) سورة البقرة، الآية ٢٣٢.

(٢) الأم: ج ٥/ ١٣.

(٣) المغني: ج ٧/ ٣٣٨.

(٤) ينظر التمهيد: ج ١٩/ ٩٠.

(٥) سورة البقرة، الآية ٢١٩.

ولاية التّزويج لصحة النّكاح. ووجه الدّلالة منه أن الله تعالى نهى أولياء النّساء عن أن يزوجوا المشركين المؤمنات اللائي هن تحت ولايتهم. قال ابن جزم: «هذا خطاب للأولياء لا للنساء»[١]. وقال القرطبي: «وفي هذه الآية دليل بالنص على أن لا نكاح إلا بولي (...)، ومما يدل على هذا أيضاً من الكتاب قوله تعالى: ﴿ فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ ﴾[٢]، وقوله: ﴿ وَأَنكِحُوا الْأَيَامَى مِنكُمْ ﴾[٣]. فلم يخاطب تعالى بالنّكاح غير الرّجال، ولو كان إلى النّساء لذكرهن[٤].

وإلى هذا التفسير ذهب الشّيخ محمّد عبده فذكر أن «التعبير بـ (تَنكحوا) و(تُنكحوا) (بفتح التاء وضمها)؛ يشعر أن الرّجال هم الذين يزوجون أنفسهم ويزوجون النّساء اللواتي يتولون أمرهن، وأن المرأة لا تزوج نفسها بالاستقلال بل لا بد من الولي، إذ الزَّواج تجديد قرابة ومودة رحمية بين أسرتين وعشيرتين لا يتم وتحصل فائدته إلا بتولي أولياء المرأة له مع اشتراط رضاها وإذنها به صراحة في الثيب، وسكوتاً إقرارياً في البكر التي يغلب عليها الحياء»[٥].

وقوله تعالى: ﴿ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ ﴾[٦]، ورد في شأن تزويج شعيب إحدى ابنتيه عليه السلام موسى عليه السلام، وهو ما يؤخذ منه أن أباها هو الذي تولى تزويجها بعد رضاها[٧]. وقد احتجّ بهذه الآية لاشتراط

---

(١) المحلّى: ج ٩/ ٢٦ رقم المسألة ١٨٢٥.

(٢) سورة النساء، الآية ٢٥.

(٣) سورة النور، الآية ٣٢.

(٤) الجامع لأحكام القرآن: عند تفسير الآية ٢١٩ من سورة البقرة.

(٥) ينظر الأعمال الكاملة للشيخ محمّد عبده: ج ٤/ ٦٠٨-٦٠٩.

(٦) سورة القصص، الآية ٢٧.

(٧) ينظر لمزيد التأكد من هذا، كتاب «آباء وأبناء، ملامح تربوية في القرآن الكريم» من ١٢٥ إلى ١٣٥. للدكتور فاروق حمادة.

الولاية على المرأة في النّكاح من يعد شرع من قبلنا شرعاً لنا. فذكر الشّيخ محمّد الطّاهر بن عاشور أن العلماء فرعوا على هذه الآية «مسائل مبنية على أصل أن شرع من قبلنا من الرسل الإلهيّين شرع لنا ما لم يرد ناسخ، ومنها (...) ولاية الأب في النّكاح[١].

ومن المعلوم أن السُّنَّة النبوية محكمة لإزالة كل احتمال على فرض وجوده في هذه المسألة. ولقد احتجّ الجمهور بعدة أحاديث لإثبات قولهم فيها. وفي هذا قال الشافعيّ: «جاءت السُّنَّة بمثل معنى كتاب الله عزّ وجلّ»[٢].

- وأما ما احتجوا به من السُّنَّة فيمكن ذكر ما يلي:

حديث ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها مرفوعاً: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها، وإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»[٣]. قال الشافعيّ بعد ذكره هذا الحديث: «ففي سنة رسول الله عليه الصّلاة والسّلام دلالات منها أن للولي شركاً في بضع المرأة، ولا يتم النّكاح إلا به ما لم يعضلها (...). وفي قول النّبي صلّى الله عليه وسلّم البيان من أن العقدة إذا وقعت بغير ولي فهي منفسخة لقول رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: «فنكاحها باطل»[٤].

---

(١) ينظر التحرير والتنوير: ج ٢٠/ ١٠١.

(٢) ينظر الأم: ج ٥/ ١٣.

(٣) سنن أبي داود: كتاب النّكاح، رقم الحديث ٢٠٨٣. وسنن الترمذي: كتاب النّكاح، رقم الحديث ١١٠٢، وقد صحح الحديث ابن حبان (ينظر الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان: ج ٦/ ١٥١ رقم الحديث ٤٠٦٢، وكذا الحاكم في المستدرك: كتاب النّكاح، ج ٢/ ١٦٨. وبسط الكلام عليه الحافظ بن حجر في تلخيص الكبير: ج ٣/ ١٥٦-١٥٧.

(٤) الأم: ج ٥/ ١٤.

- وحديث أبى موسى الأشعري أن النبي صلّى الله عليه وسلّم قال: «لا نكاح إلا بولي»[١]. أكد به الجمهور اشتراط ولاية التزويج. فقال ابن قدامة: «ولنا أن النبي صلّى الله عليه وسلّم قال: «لا نكاح إلا بولي»[٢].

- وحديث عائشة رضي الله عنها أن «النّكاح في الجاهلية كان على أربعة أنحاء منها نكاح النَّاس اليوم؛ يخطب الرّجل إلى الرّجل وليته أو ابنته فيصدقها ثم ينكحها (...) فلما بعث رسول الله صلّى الله عليه وسلّم هدم نكاح الجاهلية كله إلا نكاح النَّاس اليوم»[٣]. ظاهره أن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أقر نحواً واحداً من تلك الأنحاء التي كان يتم عليها النّكاح وهو الذي يتم بحضور وليّ المرأة في نكاحها من يوم خطبتها إلى أن تنتقل إلى بيت زوجها. فدل إقراره عليه الصَّلاة والسَّلام صورة النّكاح الذي يتم على هذا النحو وهدمه باقي الأنحاء الأخرى على أن الولاية في عقد النّكاح شرط لإنجازه، وهو ما أكده ابن حجر بقوله: «احتج بهذا على اشتراط الولي»[٤].

- ثم إن الذي جرى عليه عمل الصحابة في أمر الزَّواج أن يزوج المرأة وليها. فروى عبد الرازق عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «لا نكاح إلا بإذن ولي أو سلطان»[٥]. وروى ابن أبي شيبة عن أبي هريرة قال: «لا تنكح المرأة نفسها فإن الزانية تنكح نفسها»[٦]. وروى

---

(١) سنن أبي داود: كتاب النّكاح باب في الولي رقم الحديث ٢٠٨٤. وسنن الترمذي: كتاب النّكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي رقم الحديث: ١١٠١. وقد صحح هذا الحديث الحاكم في المستدرك: كتاب النّكاح، ج٢/ ١٦٨.

(٢) المغني: ج٧/ ٣٣٧.

(٣) صحيح البخاري كتاب النّكاح باب من قال «لا نكاح إلا بولي» لقوله تعالى: «فلا تعضلوهن» رقم الحديث ٥١٢٧.

(٤) فتح الباري: ج١٠/ ٢٣٠، عند شرح الحديث رقم ٥١٢٧.

(٥) مصنف عبد الرازق: ١٠٤٨٣.

(٦) مصنف ابن أبي شيبة: ج ٤/ ١٣٥.

الدارقطني عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: «لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان»[١]. وروى البيهقي عن علي رضي الله عنه قال: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل إلا بإذن وليها»[٢].

فهذه النّصوص تدل بظاهرها على أن العمل جرى في عهد القدوة على أن الولي يزوج المرأة التي تحت ولايته، ويؤكد هذا الترمذي بقوله: «والعمل على حديث النبي صلّى الله عليه وسلّم «لا نكاح إلا بولي» عند أهل العلم. وهكذا روي عن بعض فقهاء التابعين منهم سعيد ابن المسيب والحسن البصري وشريح وإبراهيم النخعي وعمر بن عبد العزيز وغيرهم. وبهذا يقول سفيان الثوري والأوزاعي وعبد الله بن المبارك ومالك والشافعيّ وأحمد وإسحاق»[٣].

هذه هي الأدلة التي احتجّ بها الجمهور في المسألة، تفيد بمجموعها اشتراط الولي في النّكاح، فقد «دل عليه القرآن في غير موضع، والسُّنَّة في غير موضع، وهو عادة الصحابة؛ إنما كان يزوج النّساء الرّجال، لا يعرف أن امرأة تزوج نفسها، وهذا ما يفرّق بين النّكاح ومتخذات الأخدان»[٤]. ويعد قوله تعالى: ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ﴾ – كما قال الإمام الشافعيّ – أبين آية في الدّلالة على قولهم، لما ورد في سبب نزولها. كما أن الأحاديث النبوية التي احتجوا بها كلها ثابتة عن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم تفيد بمجموعها قولهم، مما يدفع قول ابن رشد أنّه «لم تأت آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النّكاح فضلاً عن أن يكون في ذلك نص»[٥].

---

(١) سنن الداقطني: ج ٣/ ٢٢٩.

(٢) السنن الكبرى: ج ٧/ ١١١ وقال البيقهي: «هذا إسناده صحيح».

(٣) سنن الترمذي: ج ٣/ ٤٠١ بعد ذكره الحديث رقم ١١٠١.

(٤) ينظر مجموعة الفتاوى: ج ٣٢/ ١٣١.

(٥) ينظر بداية المجتهد: ج٢/ ٩.

٢ ـ من لا يرى اشتراط الولاية على المرأة في الزّواج وأدلتهم في المسألة:

هذا مذهب الحنفيّة في المسألة، فإن ظاهر قولهم فيها إطلاق تصحيح عقد النّكاح بغير ولي قال الزمخشري: «النّكاح بغير وليّ جائز عندنا»[١]. لكنه بالتتبع لأقوالهم فيها يتبين أن هذا مقيد عندهم بالكفءة وصداق المثل[٢]. وبظاهر قولهم عملت مجموعة من قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة، منها قانون الأحوال الشخصيّة المصري فإنّه – كما قال الشّيخ أبو زهرة – اختار العمل بمذهب أبي حنيفة في المسألة[٣]. ومنها قانون الأحوال الشخصيّة السوري فإنّه ورد فيه نصان اثنان يتناولان هذه المسألة.

أحدهما: في المادّة التّاسعة عشرة وجاء فيها أن «الكبيرة التي أتمت السّابعة عشرة إذا أرادت الزَّواج يطلب القاضي من وليها رأيه خلال مدّة يحددها له. فإذا لم يعترض أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار يأذن القاضي بزواجها بشرط الكفاءة». فيظهر من هذه المادّة أن قانون الأحوال الشخصيّة السوري توسط في الأخذ من آراء المذاهب الفقهيّة فلم يعمل برأي الأحناف كما لم يعمل برأي الجمهور، وإنّما أوكل الأمر إلى القاضي ليستأذن ولي المرأة ويأخذ رأيه في زواج المرأة التي هي ولايته، فإن اعترض لسبب غير معقول أذن القاضي لها بالزّواج بشرط الكفاءة[٤].

والثاني: ورد في المادّة السّابعة والعشرين ونصها: «إذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي، فإن كان الزّوج كفؤاً لزم العقد وإلا فللولي فسخ النّكاح». فهذه المادّة صريحة في

---

(١) رؤوس المسائل: ٣٦٩ رقم المسألة ٢٤٦.

(٢) سيتضح هذا القيد في هذا البحث.

(٣) ينظر الولاية على النفس للشيخ محمّد أبو زهر: ١٤٢.

(٤) يختلف النّاس اليوم في تحديد معنى الكفاءة في الزّواج، ويتساءل الدكتور أحمد الخمليشي «هل توجد فعلاً معايير اجتماعية للكفاءة التي يؤدي تخلفها في الزّوج إلى إلحاق النّسبة بأسرة الزوجة والمساس بمركزها الاجتماعي»؟ (ينظر كتابة وجهة نظر ٢٣٥).

إعطاء المرأة الكبيرة الحق في أن تزوج نفسها بنفسها إذا كان الزّوج كفؤاً لها[1]، وهذا الحكم مأخوذ من المذهب الحنفيّ في المسألة.

واحتجّ الحنفيّة لقولهم بالكتاب والسُّنَّة والقياس، فأما ما احتجوا به من الكتاب فنذكر ما يلي:

- قوله تعالى: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ ﴾[2]. وقد سبق أن جمهور الفقهاء احتجوا به للدّلالة على اشتراط ولاية التزويج، لكن الحنفيّة احتجوا به لغير ذلك فأخذوا منه صحة تزويج المرأة نفسها بنفسها، لأن النّكاح ورد فيه مسنداً إلى النّساء. قال أبو بكر الجصاص: «دلت هذه الآية من وجوه على جواز النّكاح إذا عقدت على نفسها بغير ولي ولا إذن وليها، أحدها: إضافة العقد إليها من غير شرط إذن الولي، والثاني: نهيه عن العضل إذا تراضى الزوجان»[3]. وتبعه الشّيخ أحمد مصطفى المراغي[4] فيما أخذه منه فذكر أن «في قوله سبحانه ﴿ بَيْنَهُمْ ﴾؛ دليلاً على أنّه لا مانع أن يخطب الرّجل المرأة إلى نفسها ويتفق معها على التزوج بها، ويحرم حينئذ على الولي أن يعضلها ويمنعها من الزّواج»[5].

---

(١) يعزز هذا ما ورد في أحد المبادئ القانونية المعمول بها في سوريا والذي تم وضعه في ١٩/ ١١/ ١٩٥٦ ونصه: «إن عدم حضور والد الزوجة عقد الزّواج لا يؤثر في صحته لأنه ليس طرفا فيه. وليس له إلا حق طلب فسخ العقد إن كان الزّوج غير كفء». (ينظر كتاب المبادئ القانونية لعزو ضاحي: ١٥٩-١٦٠ رقم ٥٧٨).

(٢) سورة البقرة، الآية ٢٣٠.

(٣) أحكام القرآن للجصاص: ج١/ ٤٠٠.

(٤) هو الشّيخ أحمد مصطفى المراغي، أحد العلماء في هذا العصر، تولى رئاسة المحكمة العليا الشرعيّة بمصر. قال الأستاذ أنور الجندي: «عمد الأستاذ إلى إصلاح هذه العيوب في أمور الأُسرة فأمر بتشكيل لجنة أطلق عليها لجنة تنظيم الأحوال الشخصيّة برئاسة فضيلته. وقد بحثت اللّجنة هذه الأمور وغيرها واستطاعت أن تجد في المراجع الإسلاميّة ما يرفه الأسرة». توفي سنة ١٩٥٢. ترجمته في كتاب الإمام المراغي لأنور الجندي والأعلام للزركلي: ج١/ ٢٥٨.

(٥) ينظر تفسير المراغي: ج١/ ١٨١.

- وقوله تعالى: ﴿ وَامْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا ﴾[١] أخذ منه الحنفيّة أن للمرأة أن تلي عقد نكاحها، لأن هذه الصحابية جاءت تعرض نفسها على رسول الله صلّى الله عليه وسلّم كي يتزوجها، فدل ما قامت به على أن الأمر في النّكاح إليها لا لغيرها. ومن هنا صرح الكاساني بأن هذه «الآية الشريفة نصٌّ على انعقاد النّكاح بعبارتها وانعقادها بلفظ الهبة[٢]، فكانت حجة على المخالف في المسألتين»[٣].

- وقوله تعالى: ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىَ تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ ﴾[٤]. استدلوا به على نفي اشتراط ولاية التزويج، ووجه الدّلالة عندهم منه أن الله تعالى أسند النّكاح إلى المرأة. وأوضح الكساني أن «الاستدلال به من وجهين، **أحدهما**: أنّه أضاف النّكاح إليها، فيقتضي تصور النّكاح منها. **والثاني**: أن جعل نكاح المرأة زوجاً غيره غاية الحرمة، فيقتضي انتهاء الحرمة عند نكاحها نفسها»[٥].

- وقوله تعالى: ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾[٦]. عنده الحنفيّة من الأدلة التي تفيد نفي اشتراط الولاية على المرأة في النّكاح. ومنه أخذ الجصاص أنّه «جاز فعلها في نفسها من غير شرط الولي. وفى إثبات شرط الولي في صحة العقد نفي لموجب الآية»[٧].

هذه هي الأدلة التي استند إليها الحنفيّة من الكتاب في المسألة. فهي عندهم - كما قال الزيلعي - «تصريح بأن النّكاح ينعقد بعبارة النّساء؛ لأن المذكور فيها منسوب إلى المرأة من

(١) سورة الأحزاب، الآية ٤٠.

(٢) اختلف الفقهاء في انعقاد النّكاح بلفظ الهبة فأجازه الحنفيّة ومنعه غيرهم (ينظر بداية المجتهد: ج ٢/ ٤).

(٣) ينظر بدائع الصنائع: ج ٢/ ٢٤٨.

(٤) سورة البقرة، الآية ٢٢٨.

(٥) المصدر نفسه.

(٦) سورة البقرة، الآية ٢٣٢.

(٧) ينظر في أحكام القرآن للجصاص: ج ١/ ٤٠٠.

قوله: ﴿أَن يَنكِحْنَ﴾ و ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ﴾، وهذا صريح بأن النّكاح صادر منها. وكذا قوله: ﴿فِيمَا فَعَلْنَ﴾ و ﴿أَن يَتَرَاجَعَا﴾؛ صريح بأنها هي التي تفعل وهي التي ترجع. ومن قال: لا ينعقد بعبارة النّساء فقد رد نصَّ الكتاب»[1]. يظهر من قوله هذا أن فيه اعتزازاً بمذهبه، ودفاعاً عنه بالحكم على من يخالفه بأنّه يرد الدليل من القرآن، وقد غالى في حكمه هذا؛ لأنه لا يمكن أن يتصور من أحد من العلماء أن يرد نصاً شرعيّاً، ولكنه الاجتهاد والاختلاف في فهم من النصوص.

وتعقب ابن رشد احتجاجهم بها لنفي اشتراط ولاية التّزويج بأن «إضافة النّكاح إليهن ليس فيه دليل على اختصاصهن بالعقد»[2].

- وأما ما احتجوا به من السُّنَّة فنذكر ما يلي:

- قوله صلّى الله عليه وسلّم: «ليس للولي مع الثيب أمر»[3]. أخذ منه الكساني أن فيه «قطع ولاية الولي عنها»[4].

- وقوله صلّى الله عليه وسلّم: «الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها»[5]. ذكر ابن عبد البر أن الحنفيّة احتجوا به لإثبات أحقية المرأة الرشيدة في أن تزوج نفسها بنفسها، لأنه لم يرد فيه تخصيص الأحقية في الإذن دون العقد. وهذا عندهم في كل امرأة لا زوج لها بكراً كانت أو ثيباً فإن لفظ الأيم يشملها معاً[6]. ووجه الدّلالة منه – كما

---

(١) ينظر تبيين الحقائق: ج ٢/ ١١٧.

(٢) ينظر بداية المجتهد: ج ٢/ ١١.

(٣) سنن أبي داود: كتاب النّكاح، رقم الحديث ٢١٠٠ وسنن النسائي: كتاب النّكاح، رقم الحديث ٣٢٦٣.

(٤) ينظر بدائع الصنائع: ج٢/ ٢٤٨.

(٥) صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب النّكاح، رقم الحديث ١٤٢١ وسنن الترمذي: كتاب النّكاح، وقسم الحديث. ١١٠٨، وقال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح».

(٦) ينظر التمهيد: ج ١٩/ ٩٥-٩٦.

قاله الكاساني- هو «أنها لما بلغت عن عقل وحرية فقد صارت ولية نفسها في النّكاح فلا تبقي مولياً عليها كالصبي العاقل إذا بلغ»[١].

- وأما احتجاجهم بالقياس فإنهم قاسوا عقد النّكاح على عقد البيع الذي تستقل به المرأة، وخصصوا به عموم الأحاديث الواردة في اشتراط الولاية في النّكاح[٢]. قال الزمخشري: «دليلنا في المسألة هو أن المرأة البالغة العاقلة من أهل الولاية. ألا ترى أنها تملك التصرُّف في مالها فوجب أن تملك التصرُّف على نفسها لأن نفسها إلى نفسها أقرب من مالها؟ ثم لما تملك التصرُّف في مالها فلأن تملك التصرُّف في نفسها أولى»[٣].

هذه هي أشهر الأدلة التي احتجّ بها الحنفيّة في المسألة لنفي اشتراط ولاية التّزويج في صحة النّكاح، لكن ما ينبغي التنبيه عليه هو أن قولهم بنفي اشتراط الولاية في النّكاح لا يعنى أنهم ينكرون فكرة ولاية التزويج، بل هي فكرة قائمة عندهم يدل على وجودهم جميع الأحاديث التي استندوا إليها في المسألة وكذلك الأحاديث التي احتجوا بها لنفى إجبار المرأة على النّكاح[٤]. وإنّما هم يعدونها إجراء تنظيمياً فقط، فأجازوا للمرأة أن تتولى أمر زواجها بنفسها شريطة أن يكون الزّوج كفؤاً لها ويكون صداقها صداق مثلها، وإذا تخلف أحد هذين الشرطين تدخل وليها للمطالبة بفسخه. يؤكد هذا ما حكاه الطحاوي عن أبي حنيفة أنّه قال: «إن زوجت المرأة نفسها من غير كفء؛ فلوليها فسخ ذلك عليها. وكذلك إن قصرت في مهرها فتزوجت بدون مهر مثلها؛ فلوليها أن يخاصم في ذلك حتّى يلحق بمهر مثل نسائها»[٥]. وهذا يعنى أن للولي عندهم حضوراً في عقد زواج المرأة التي هي تحت

---

(١) بدائع الصنائع: ج ٢/ ٢٤٩.

(٢) ينظر محاضرات في عقد الزّواج: ١٧٦-١٧٧.

(٣) رؤوس المسائل: ٣٧٠رقم المسألة ٢٤٦.

(٤) ينظر الأحاديث التي احتجوا بها لنفي إجبار المرأة على النّكاح في مبحث ولاية الإجبار.

(٥) ينظر شرح معاني الآثار: ج ٣/ ١٣.

ولايته[١]. فهي تملك أن تزوج نفسها بنفسها، وهو من حقه أن يتدخل لفسخ عقد نكاحها إذا تخلف أحد الشرطين المذكورين اللذين هما الكفاءة وصداق المثل.

وبهذا يكون الحنفيّة قد احتاطوا لجانب ولي المرأة فلم يجيزوا نكاحاً هي تتولاه يكون فيه جلب العار لأهلها. وأوضح الشّيخ أبو زهرة أن «تشدد في اشتراط الكفاءة فيمن تختاره، فإذا كان قد خالف جمهور الفقهاء في إطلاق حريتها؛ فقد احتاط لحق وليها فاشترط الكفاءة للزوم العقد بالنّسبة للولي أو صحته، كما اشترط أن يكون المهر مهر المثل. وبذلك ينحصر الخلاف بينه وبين من قيدوا حرية اختياره، وأشركوا معها الولي في أنهم قد احتاطوا لحق الولي فاشترطوا أخذ رأيه قبل العقد ليكون كما يريد، وأبو حنيفة أعطاها الحرية واحتاط لحق الولي فجعل له حق الاعتراض إن كان المهر دون مهر المثل، وجعل العقد غير صحيح إن لم يكن الزّوج كفؤاً، أو للولي حق الاعتراض على اختلاف الروايات، فهو حد حق الولي وهم أطلقوه، وهو لم يجعل له سلطاناً عند الإنشاء وهم جعلوا له ذلك السلطان»[٢].

ثالثاً: مناقشة الأدلة:

١ـ مناقشة أدلة الفريق الأول:

– أما احتجاج الفريق الأوّل وهم جمهور الفقهاء من الكتاب بقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾ وأخذهم منه أن الخطاب فيه للأولياء يكون تحت ولايتهم نساء فيمتنعون عن تزويجهن

---

(١) هذا ما يطلق عليه أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف في قوله الأوّل اسم الولاية المشتركة. وهي كذلك عند الشافعيّ، غير أن شرطها عند هؤلاء هو رضى المرأة دون أن تتعداه إلى عبارة الولي. بينما هي عند الشافعيّ تتعدى رضاها إلى عبارة الولي. ويطلقون عليها أيضاً ولاية الندب والاستحباب. (ينظر بدائع الصنائع ج ٢/ ٢٧٤).

(٢) ينظر محاضرات في عقد الزَّواج وآثاره: ١٧٧-١٧٨.

فنهاهم الله تعالى عن ذلك؛ فقد تعقبه ابن رشد بأن الذي يستفاد منه شيء آخر، وهو أن الله تعالى نهى ذوي المرأة عن أن يمنعوها من الزَّواج للدّلالة على أن ليس لهم من الأمر شيء في زواجهن. فعنده أن «قوله تعالى: ﴿ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ ﴾؛ فليس فيه أكثر من نهي قرابة المرأة وعصبتها من أن يمنعوها النّكاح. وليس نهيهم عن العضل مما يفهم منه إذنهم في صحة العقد لا حقيقة ولا مجازاً أعني بوجه من وجوه الخطاب الظاهرة أو النص، بل قد يمكن أن يفهم منه ضد هذا وهو أن الأولياء لا سبيل لهم على من يلونهم»[1].

وفي السياق نفسه، ذكر أبو جعفر الطحاوي تأويلاً آخر للنهي عن العضل الوارد في الآية وهو التزهيد في المراجعة، فنهاه الله عن ذلك بقوله: «قالوا: فلما أمر الله تعالى وليها بترك عضلها؛ دل ذلك على أن إليه عقد نكاحها وكان ذلك يحتمل عندنا ما قالوا ويحتمل غير ذلك. يحتمل أن يكون عضل معقل أخته أن ترجع إلى زوجها؛ كان تزهيده لأخته في المراجعة فتقف عند ذلك، فأمر بترك ذلك»[2]. وكأن أبا جعفر بتأويله هذا يبين أن الآية ليست صريحة في إثبات الولاية على المرأة في النّكاح بل هي من قبيل ما احتمل واحتمل فيسقط به الاستدلال.

والمنهج الدقيق يقتضي الوقوف على سبب نزول الآية، فإنّه يعين على فهمها. وقد أخرج البخاري عن الحسن ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ ﴾، قال: حدثني معقل بن يسار أنها نزلت فيه. قال: «زوجت أختاً لي من رجل فطلقها، حتّى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها، فقلت له: زوجتك وفرشتك وأكرمتك فطلقتها ثم جئت تخطبها! لا والله لا تعود إليك أبداً. – وكان رجلاً لا بأس به وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه– فأنزل الله هذه الآية ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ ﴾، فقلت: الآن أفعل يا رسول الله»، قال: فزوجها إياه»[3].

---

(١) ينظر بداية المجتهد: ج ٢/ ١٠.

(٢) شرح معاني الآثار: ج ٣/ ١١.

(٣) صحيح البخاري: كتاب النّكاح، رقم الحديث ٥١٣٠.

ظاهر هذا النَّص أن معقل بن يسار هو الذي تولى تزويج أخته أول مرة بدلالة قوله: «زوجت أختاً لي»، وقوله لزوج أخته: «زوجتك وفرشتك وأكرمتك (...) والله لا تعود إليك أبداً». مما يفيد أن العضل الذي صدر من معقل لم يكن بمعنى تزهيد أخته في الرجوع إلى زوجها كما قاله الطحاوي، وإنّما كان منعاً حقيقياً لها أن تعود إليه. يؤكده تراجعه عن رأيه بعد نزول الآية بقوله: «الآن أفعل يا رسول الله».

فإذا ثبت هذا، كان إقرار الطحاوي بالتأويل الأوّل الذي يوافق مقالة الفريق المثبتين لولاية التّزويج حجة عليه. قال القرطبي: «ففي الآية دليل على أنّه لا يجوز نكاحها بغير ولي لأن أخت معقل كانت ثيباً. ولو كان الأمر إليها دون وليها لزوجت نفسها ولم تحتج إلى وليها معقل، فالخطاب إذن في قوله تعالى: ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ ﴾ للأولياء، وأن الأمر إليهم في التّزويج مع رضاهن»[1].

ولم يذكر ابن رشد سبب نزول الآية، ولو توقف عنده لتبين له أن زواج أخت معقل تولاه أخوها، فلما فآته ذكره مال إلى خلاف القول الذي فيه اشتراط ولاية التزويج. قال ابن عبد البر: «صرح الكتاب والسُّنَّة بأن لا نكاح إلا بولي، فلا معنى لما خالفهما. ألا ترى أن الولي نهى عن العضل؟ فقد أمر بخلاف العضل وهو التزويج، كما أن الذي نهى عن أن يبخس الناس[2] قد أمر بأن يوفي الكيل والوزن وهذا بين كثيراً»[3]. وإلى رأي الجمهور ذهب الشّيخ محمّد الطّاهر بن عاشور فبين أن الآية تشير إلى اعتبار الولاية على المرأة في النّكاح[4].

وأما احتجاجهم بقوله تعالى: ﴿ وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا ﴾[5]. على أن فيه نهياً عن أن ينكح الأولياء المشركين النّساء اللاتي تحت ولايتهم؛ فقد رده ابن رشد أيضاً بأن

---

(١) الجامع لأحكام القرآن: ج ٣/ ١٠٥.

(٢) لقوله تعالى: «ولا تبخسوا النَّاس أشياءهم» (الأعراف ٨٤).

(٣) التمهيد: ج١٩ / ٩٠.

(٤) ينظر التحرير والتنوير: ج ٢٠/ ١٠١.

(٥) سورة البقرة، الآية ١٩.

الخطاب فيه ليس موجهاً إلى أولياء النّساء خاصّة، بل هو «متردد بين أن يكون خطاباً لأولياء النّساء أو لأولى الأمر»[١]، وليس في كلامه هذا ما ينفي به فكرة الولاية على المرأة في النّكاح، لأن تردد الخطاب عنده بين أن يكون لأولياء النّساء أو لأولي الأمر يجعلهم كلهم منهيين عن أن ينكحوا المشركين المؤمنات حتّى يؤمنوا، وفي هذا إثبات لاشتراط الولاية على المرأة في النّكاح.

ولقد أثبت الكاساني – وهو من الحنفيّة – أن الخطاب في الآية موجه لأولياء النّساء خاصّة، لكن لا يدل عنده على أن ولاية التّزويج شرط في صحة النّكاح. وإنّما فسره بأنّه خطاب خرج بالأمر بالإنكاح مخرج ما تعارف عليه النّاس أن النّساء لا يتولين النّكاح، وأن أولياءهن هم الذين يتولون ذلك برضاهن. قال: «وأما الآية فالخطاب للأولياء بالإنكاح ليس يدل على أن الولي شرط جواز الإنكاح بل على وفاق العرف العادة بين الناس، فإن النّساء لا يتولين النّكاح بأنفسهن عادة لما فيه من الحاجة إلى الخروج إلى محافل الرّجال وفيه نسبتهن إلى الوقاحة، بل الأولياء هم الذين يتولون ذلك عليهن برضاهن. فخرج الخطاب بالأمر بالإنكاح مخرج العرف والعادة على الندب والاستحباب[٢] دون الحتم والإيجاب. والدليل عليه ما ذكر سبحانه وتعالى عقيبه وهو قوله تعالى: ﴿وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾[٣] ثم لم يكن الصلاح شرط الجواز»[٤].

– وأما احتجاج الجمهور من السُّنَّة بحديث ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها مرفوعاً: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل». للدّلالة على بطلان النّكاح الذي توقعه المرأة دون إذن وليها؛ فإن غيرهم تكلموا فيه من جهتين:

(١) ينظر بداية المجتهد: ج ٢/ ١٠.

(٢) يؤخذ من قول الكاساني هما أنّه يرى ولاية الندب والاستحباب.

(٣) سورة النور، الآية ٣٢.

(٤) بدائع الصنائع: ج ٢/ ٢٤٨.

إحداهما أنّه روى أن ابن جريج لقي الزهري فسأله عن حديثه هذا فلم يعرفه[١]، مما يدل على ضعفه. **والثانية** هي أن عائشة رضي الله عنها لم تكن ولاية التّزويج من مذهبها[٢]. وكذلك الإمام الزهري فإنّه لم يكن يشترط الولاية على المرأة في النّكاح[٣].

وبنى ابن رشد على هذين المطعنين قوله بترك العمل بهذا الحديث فقال: «وأما حديث عائشة؛ فهو حديث مختلف في وجوب العمل به، والأظهر أن ما لا يتفق على صحته أنّه ليس يجب العمل به»[٤].

لكن قوله هذا ليس قاعدة يعمل بها علماء الحديث؛ لأنه ليس من شرط العمل بالحديث عندهم اتفاقهم على تصحيحه، فكم من حديث اختلفوا في صحته فعمل به بعضهم وتركه آخرون. وفى هذا قال ابن الصلاح بعد أن ذكر أوصاف الحديث الصّحيح: «وقد اختلفوا في صحة بعض الأحاديث لاختلافهم في وجود هذه الأوصاف فيه، أو لاختلافهم في اشتراط بعض هذه الأوصاف كما في المرسل (...) ثم إن درجات الصّحيح تتفاوت في القوة بحسب تمكن الحديث من الصفات المذكورة التي تنبني الصحة عليها»[٥].

هذا، وإن جمهور الفقهاء الذين اشترطوا الولاية في النّكاح أجابوا على طعن غيرهم في حديث عائشة بما يلي:

- فبالنّسبة للطعن الأوّل وهو قولهم إن ابن جريج سأل الزهري عن حديثه فلم يعرفه؛ فردوه من وجهين:

---

(١) ذكره الطحاوي في شرح معاني الآثار: ج٣/ ٨.

(٢) بدائع الصنائع: ج٢/ ٢٤٩. وقد أورد ابن حجر قول الحنفيّة إن عائشة رضي الله عنها كانت تجيز النّكاح بغير ولي، (ينظر فتح الباري: ج ١٠/ ٢٣٣ عند شرح الحديث رقم ٥١٢٧).

(٣) نقل ابن عبد البر الاستذكار: ج ١٦/ ٣٥.

(٤) بداية المجتهد: ج ٢/ ١٠.

(٥) علوم الحديث لابن الصلاح: ١١.

أحدهما: أن عدم معرفة الزهري لحديثه هو خبر ابن علية وحده، رواه عن ابن جريج، وسماع ابن علية من ابن جريج تكلم فيه العلماء من جهة أن ابن علية كان يصحح مسموعاته منه على كتب عبد المجيد بن عبد العزيز بن أبي رواد[١] الذي كان ثبتاً في حديث ابن جريج، حكى هذه الصفة فيه الإمام الترمذي في سننه[٢] عن يحيى ابن معين.

ولقد اعتمد ابن قدامة هذا الرد لتقوية الاستدلال بالحديث، فنص على أنه «إن قيل فإن الزهري رواه وقد أنكره؛ قال ابن جريج: سألت الزهري عنه فلم يعرفه، قلنا له: لم يقل هذا عن ابن جريج غير ابن علية كذلك قال الإمام أحمد[٣] ويحيى»[٤]. ومثل قول ابن قدامة قال ابن حزم في المحلى[٥]. وقال الحاكم في المستدرك عقب تخريجه حديث عائشة: «فقد صح وثبت بروايات الأئمة الأثبات سماع الرواة بعضهم من بعض، فلا تعلل هذه الروايات بحديث ابن علية وسؤال ابن جريج عنه وقوله إنني سألت الزهري عنه فلم يعرفه. فقد ينسى الثقة الحافظ الحديث بعد أن حدث به»[٦].

والوجه الثاني: لدفع الرد الذي اعتمد عليه غير الجمهور هو أن نسيان الزهري هنا لا يرد به حديثه، فقد ذكر عدد من المحدثين حكاية ابن جريح منهم ابن حبان[٧] وابن

---

(١) هو أبو عبد الحميد عبد المجيد بن عبد العزيز بن أبي رواد الملكي، وصفه ابن حبان بأنه «منكر الحديث جداً، يقلب الأخبار ويروي المناكير عن المشاهير فاستحق الترك»: ترجمته في كتاب المجروحين لابن حبان: ج ٢/ ١٦٠.

(٢) ينظر سنن الترمذي: باب ما جاء لا نكاح إلا بولي ج ٣/ ٤٠١.

(٣) نقل الحاكم عن الإمام أحمد أن ابن جريج له كتب مدوّنة وليس هذا في كتبه، يعني حكاية ابن علية عن ابن جريج ينظر المستدرك: كتاب النّكاح ج ٢/ ١٦٨. ونقل هذا القول أيضاً عن يحيي بن معين في ج ٢/ ١٦٩.

(٤) المغني: ج ٧/ ٣٣٨.

(٥) ينظر المحلّى: ج ٩/ ٢٩ رقم المسألة ١٨٢٥.

(٦) المستدرك على الصّحيحين: ج ٢/ ١٦٨.

(٧) روي ابن حبان حديث عائشة في إبطال النّكاح بغير ولي ثم قال: «هذا خبر أوهم من لم يحكم صناعة الحديث أنّه منقطع أو لا أصل له بحكاية حكاها ابن علية عن ابن جريج في هذا الخبر قال: ثم لقيت الزهري فذكرت ذلك له فلم يعرفه. وليس هذا مما يوهي الخبر بمثله، وذلك أن خبر الفاضل المتقن الضابط من أهل العلم قد يحدث بالحديث ثم ينساه، وإذا سئل عنه لم يعرفه، فليس بنسيانه الشيء الذي حدث به يدل على بطلان =

عدى[١] والحاكم[٢]، وأجابوا عنها - على افتراض صحتها - بأنَّه لا يلزم من نسيان الزهري لما رواه أن يكون سليمان بن موسى قد وهم فيه.

وبناءً على قولهم هذا رد ابن قدامة الطعن في هذا الحديث بأنَّه «لو ثبت هذا، لم يكن حجة لأنه قد نقله ثقات عنه، فلو نسيه الزهري لم يضره؛ لأن النسيان لم يعصم منه إنسان»[٣]. ويؤيد قول ابن قدامة أن القاعدة عند علماء الحديث أن «من روى حديثاً ثم نسيه لم يكن ذلك مسقطاً للعمل به»[٤]. وقد صلى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وسها[٥]، فكان النسيان ممن هم دونه أولى.

وبهذا يسلم الحديث من هذا المطعن. ولا يعكر عليه ما قيل في سليمان بن موسى - أحد رواته عن الزهري - من جهة حفظه[٦]، فإنّه تابعه عليه جماعة من الرواة منهم جعفر بن ربيعة[٧] ومتابعته عند أبي داود[٨] وأحمد[٩] والبيهقي[١٠] والطحاوي[١١]، والحديث بهذا

= أصل الخبر، والمصطفى صلّى الله عليه وسلّم صلّى فسهاه. (ينظر الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان: ج ٦/ ١٥١ بعد ذكر الحديث رقم ٤٠٦٢).

(١) ينظر الكامل في الضعفاء: ج ٥/ ٨٨.

(٢) ينظر المستدرك على الصّحيحين: كتاب النّكاح، ج ٢/ ١٦٨.

(٣) ينظر المغني: ج ٧/ ٣٣٨.

(٤) ينظر علوم الحديث لابن الصلاح: ١٠٥.

(٥) الحديث بكاملة في صحيح البخاري في أبواب العمل في الصلاة باب ما جاء في السهو إذا قام ركعتي الفريضة.

(٦) هو سليمان بن موسى الدمشقي الأشدق، توفي سنة ١١٩ هـ. قال فيه أبو حاتم «محله الصدق، وفي حديثه بعض الاضطراب». ترجمته في: التاريخ الكبيرة للبخاري: ج ٤/ ٣٨. والجرح والتعديل لابن أبي حاتم: ج ٤/ ١٤١. وتقريب التهذيب: ج ١/ ٣٣١ رقم ٥٠١.

(٧) هو أبو شرحبيل المصري: جعفر بن ربيعة بن شرحبيل بن حسنة الكندري وثقه ابن حجر، مات سنة ١٣٦ هجرية (ينظر تقريب التهذيب: ج ١/ ١٣٠ رقم ٧٩).

(٨) ينظر سنن أبي داود: كتاب النّكاح، رقم الحديث ٢٠٨٤.

(٩) ينظر مسند الإمام أحمد: رقم الحديث ٢٣٥٨١.

(١٠) ينظر السنن الكبرى للبيهقي: ج ٧/ ١٠٥.

(١١) ينظر شرح معاني الآثار: ج ٣/ ٧.

الاعتبار صحيح، ويؤيد هذا قول ابن عبد البر: «نقله عنه – يعني عن الزهري – ثقات»[١].

– وبالنّسبة للطعن الثّاني وهو أن عائشة رضي الله عنها لم تكن ولاية التّزويج من مذهبها، فقد احتجّ له الحنفيّة بما روي عنها أنها زوجت حفصة بنت عبد الرحمن أخيها المنذر بن الزبير، وعبد الرحمن غائب بالشام، فلما قدم عبد الرحمن قال: ومثلي يصنع هذا به؟ ومثلي يفتات عليه؟ فكلمت عائشة المنذر بن الزُّبير فقال المنذر: فإن ذلك بيد عبد الرحمن. فقال عبد الرحمن: ما كنت لأرد أمراً قضيته. فقرت حفصة عند المنذر ولم يكن ذلك طلاقاً[٢]. ووجه الدّلالة من هذا الحديث عندهم أن عائشة رضي الله عنها أقدمت على تزويج حفصة بنت عبد الرحمن أخيها من غير أن تنتظر حضوره، فلو كانت ترى اشتراط الولاية على المرأة في النّكاح لامتنعت عن ذلك. قال الطحاوي: «فلما كانت عائشة رضي الله عنها قد رأت أن تزوجيها بنت عبد الرحمن بغير أمره جائز، ورأت ذلك العقد مستقيماً حتّى أجازت فيه التمليك الذي لا يكون إلا عن صحة النّكاح وثبوته؛ استحال عندنا أن يكون ترى ذلك وقد علمت أن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال: (لا نكاح إلا بولي)، فثبت بذلك فساد ما روى عن الزهري»[٣].

لكن هذا الذي احتجوا به وبنى عليه الطحاوي قوله؛ أجاب عنه ابن عبد البر، وكذلك أجاب عنه ابن حجر بما يبطله. فذكر ابن عبد البر أن «قوله في حديث الباب أن عائشة زوجت حفصة بنت عبد الرحمن أخيها المنذر بن الزبير؛ ليس على ظاهره. ولم يرد بقوله: «زوجت حفصة» – والله أعلم – إلا الخطبة والكناية في الصداق والرضى ونحو ذلك دون العقد بدليل الحديث المأثور عنها أنها كانت إذا حكمت أمر الخطبة والصداق والرضى قالت: انكحوا واعقدوا فإن النّساء لا يعقدن»[٤]. وذكر ابن حجر أنّه لم يرد في هذا الخبر التّصريح

---

(١) التمهيد: ج ١٩/ ٨٦.

(٢) الموطأ: كتاب الطّلاق، باب ما لا يبين من التمليك، رقم الحديث ١٥.

(٣) شرح معاني الآثار: ج ٣/ ٨.

(٤) ينظر الاستذكار: ج ١٧/ ٧٢.

بأنها باشرت العقد فقد يحتمل أن تكون البنت المذكورة ثيباً ودعت إلى كفء وأبوها غائب فانتقلت الولاية إلى الولي الأبعد أو إلى السلطان[١]، وساق حديثاً قال أنّه صح عن عائشة رضي الله عنها أنها «أنكحت رجلاً من بنى أخيها فضربت بينهم بستر ثم تكلمت حتّى إذا لم يبق إلا العقد أمرت رجلاً فأنكح ثم قالت: ليس إلى النّساء نكاح»[٢].

وأيضاً مما يرد دعواهم أن عائشة رضي الله عنها لم تكن ترى الولاية على المرأة في النّكاح كون الأحاديث في مسألة ولاية التّزويج أكثرها من روايتها. فقد روي عنها رضي الله عنها بألفاظ مختلفة حديث استئذان البكر في نكاحها وكانت تلح فيه على رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أن يبين صفة إذنها وهى تستحي[٣]، مما يفيد أنّه يبعد القول بأنها لم تكن ترى الولاية على المرأة في النّكاح.

ثم إن حديث تزويج عائشة رضي الله عنها هذا موقوف، والقاعدة أن الحديث الموقوف لا يقاوم المرفوع. وأيضاً فإن في هذا الحديث الذي احتجوا به أن المنذر رد الأمر ثانية إلى الولي الشرعيّ عبد الرحمن فأمضاه عبد الرحمن. وأيضاً فإن الحديث ليس صريحاً في أن عائشة هي التي تولت التزويج، فيمكن أن تكون وكلت غيرها بإتمام النّكاح لما أخرجه الطحاوي نفسه[٤]، وابن أبي شيبة[٥]، من طريق القاسم بن محمّد أيضاً عنها رضي الله عنها أنها أنكحت رجلاً من بنى أخيها جارية من بني أخيها فضربت بينهما بستر ثم تكلمت حتّى إذا لم يبق إلا النّكاح أمرت رجلاً فأنكح ثم قالت: ليس إلى النّساء نكاح». وقد صححه الحافظ[٦].

---

(١) ينظر فتح الباري: ج ١٠/ ٢٣٣ عند شرح الحديث رقم ٥١٢٧.

(٢) مصنف ابن أبي شيبة: ج ٤/ ١٣٥.

(٣) الحديث في صحيح البخاري: كتاب النّكاح، رقم الحديث ٥١٣٦، وفي صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب النّكاح رقم الحديث ١٤٢٠.

(٤) ينظر شرح معاني الآثار: ج ٣/ ١٠.

(٥) مصنف ابن أبي شيبة: ج ٤/ ١٣٥.

(٦) ينظر فتح الباري: ج ٩/ ١٨٦.

وبهذا يثبت حديث الزهري الذي احتجّ به الجمهور لاشتراط الولاية على المرأة في النكاح، لكنه على الرغم من ثبوته لم يسلم من تأويل. فقد أوله الكاساني وابن رشد، فأما الكاساني فأوله على أن المراد به الأمة[١]. واستدل له بما ورد في بعض الروايات: «أيما امرأة نكحت بغير إذن مواليها»[٢]. حيث دل ذكر الموالي على أن المراد من المرأة الأمة. وتعقبه الماوردي بأن «حمله على الأمة لا يجوز من وجهين: «أحدهما: لاستواء العبد والأمة فيه، لم يكن لتخصيص الأمة تأثير. والثاني: لقوله في آخر الخبر: «فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له». والسلطان لا يكون ولياً للأمة وإن عضلها مواليها (...) على أننا نستعمل الروايتين فتكون روايتنا مستعملة في الحرّة وروايتهم مستعملة في الأمة فلا يتعارضان»[٣].

وأما ابن رشد فذكر أنّه لو «سلَّمنا بصحة الحديث، فليس فيه إلا اشتراط إذن الولي لمن لها ولي»[٤]. وهذا إقرار منه باشتراط إذن الولي في زواج المرأة غير أنّه خص الإذن بالتي لها ولي. وهذا تخصيص من غير مخصص، لأن قوله صلّى الله عليه وسلّم: «أيما امرأة»، يدل على اشتماله على جميع النّساء وهو ما قاله الماوردي[٥]. وأكده ابن عبد البر بأن «الأولى أن يحمل قوله صلّى الله عليه وسلّم «لا نكاح إلا بولي» على عمومه. وكذلك قوله: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل»على عمومه أيضاً»[٦].

ولم يقبل ابن رشد الأخذ بالعموم هنا وأجاب عنه بأن لو «سلمنا بأنّه عام في كل امرأة فليس فيه أن المرأة لا تعقد على نفسها. أعنى أن تكون هي التي تلي العقد؛ بل الأظهر منه أنّه

---

(١) ينظر بدائع الصنائع: ج ٢/ ٢٤٩.

(٢) سنن أبي داود: كتاب النّكاح، رقم الحديث ٢٠٨٣. ومسند الإمام أحمد: رقم الحديث ٢٤٧٩٨.

(٣) ينظر الحاوي الكبير: ج ٩/ ٤١-٤٢.

(٤) ينظر بداية المجتهد: ج ٢/ ١٠.

(٥) ينظر الحاوي الكبير: ج ٩/ ٤٦.

(٦) ينظر التمهيد: ج ١٩/ ٩٧.

إذا أذن الولي جاز أن تعقد على نفسها دون أن تشترط في صحة النّكاح إشهاد الولي معها»[١].

وهذا الذي ذكره ابن رشد في جوابه هو ملخص قول أبي ثور[٢]. فإنّه ذهب إلى أن المرأة أن تتولى عقد زواجها إذا أذن لها وليها بذلك[٣]، وهذا مفهوم قوله صلّى الله عليه وسلّم: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل». فعنده أنّه لما أبطل صلّى الله عليه وسلّم نكاح المرأة بغير إذن وليها دل على أنّه يصح أن تتولاه هي بإذن وليها. وقد رد هذا بعض الأئمة بأنّه مفهوم لا يقوى على معارضة المنطوق باشتراط الولاية في النّكاح. قال الماوردي: «وهذا خطأ لأن صريح الخبر يقتضي بطلان النّكاح لعدم إذنه. ودليل خطئه نقيض صحة النّكاح بوجود إذنه، وهو متروك لأمرين: أحدهما لما رواه معاذ بن معاذ عن ابن جريج بإسناده المتقدم ذكره أن النبي صلّى الله عليه وسلّم قال: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل»، والثاني أن «إذن الولي الذي يصح به النّكاح هو إذن لمن ينوب عنه وهو الوكيل، والمرأة لا تصح أن تكون نائباً عنه لأن الحق عليها، فلم تكن هي النائبة فيه لاختلاف عرضه وعرض موكله»[٤].

ويؤيد ما ذهب إليه الجمهور هنا أن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم نهى أن تزوج المرأة نفسها مطلقاً، ولم يفرق بين أن يكون ذلك بإذن أو بغير إذن بقوله صلّى الله عليه وسلّم: «لاتزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها»[٥]. وهو من الأحاديث التي استند إليها الجمهور في المسألة، بل جعله ابن عبد البر حجة على الكوفيين فيما قالوه وذكر أنّه «لما لم تل عقد نكاح

---

(١) بداية المجتهد: ج ٢/ ١٠-١١.

(٢) أبو ثور هو إبراهيم بن خالد البغدادي، كان على مذهب أبي حنيفة، فلما قدم الشافعيّ بغداد تبعه. مات في صفر الخير سنة ٢٤٠هـ. ترجمته في تهذيب التهذيب. ج ١/ ١٠٢ رقم ٢١١.

(٣) نقل قوله المارودي في الحاوي الكبير: ج ٩/ ٣٨.

(٤) المصدر نفسه: ج ٩/ ٤٥.

(٥) سنن ابن ماجه: كتاب النّكاح باب لا نكاح إلا بولي رقم الحديث ١٨٨٢.

غيرَها، لم تل عقد نكاح نفسها»[١]. ثم ذكر حديث القاسم عن عائشة أنها كانت إذا خطب إليها بعض قرابتها وبلغت التّزويج تقول للولي: «زوج فإن النّساء لا يعقدن النّكاح»[٢].

وبهذا يظل حديث الزهري حجة قوية للجمهور في اشتراطهم الولاية على المرأة في النّكاح. ويثبت أن الزهري من القائلين باشتراط ولاية التّزويج فيما رواه عبد الرازق عن معمر عن الزهري وسئل عن امرأة أنكحت نفسها رجلاً وأصدقت عنه واشترطت عليه أن الفرقة والجماع بيدها؟ فقال الزهري: هذا هراء ونكاحها لا يحل»[٣].

وأما احتجاجهم بقوله صلّى الله عليه وسلّم: «لا نكاح إلا بولي»؛ فإن الحنفيّة أيضاً يثبتون هذا الحديث ولم يجد الطحاوي ما يرد الاحتجاج به لاشتراط ولاية التزويج[٤]. غير أنّه جعله محتملاً لعدّة معان صرفه بها عن أن يكون حجة للجمهور في قولهم وذكر من هذه الاحتمالات «أن يكون الولي هو الذي إليه ولاية البضع من والد الصغيرة أو مولى الأمة أو بالغة حرة»[٥].

وبهذا المعنى المحتمل الذي ذكره للحديث ميز الطحاوي بين المرأة الحرّة البالغة فإنّها تلي أمر نفسها بنفسها وبين الصغيرة والأمة فلابد لهما من ولى يتولى أمر زواجهما. وأجاب عنه الماوردي بجوابين: «الأوّل أنّه خطاب لا يفيد لعلمنا أنّه لا نكاح إلا بمنكوحة، ولا يتميز عن سائر العقود، وقد خص النّكاح به. والثاني: «أن قوله (لا نكاح إلا بولي) يقتضي أن يكون الولي رجلاً. ولو كانت هي المراد لقال لا نكاح إلا بولية»[٦]. وساق لتأييد جوابه حديث

---

(١) ينظر الاستذكار: ج ١٦/ ٤٣.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) مصنف عبد الرازق: رقم ١٠٥٠٧.

(٤) ينظر شرح معاني الآثار: ج ٣/ ٨.

(٥) ينظر شرح معاني الآثار: ج ٣/ ٨.

(٦) ينظر الحاوي الكبير: ج ٩/ ٤٠.

عائشة رضي الله عنها أن النبي صلّى الله عليه وسلّم قال: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل»[١]، فهو «نص في إبطال النّكاح بغير ولي من غير تخصيص ولا تمييز»[٢].

يثبت بهذا أن حديث أبي موسى الأشعري «لا نكاح إلا بولي» قوي في دلالته على ما ذهب إليه الجمهور؛ لأنه جاء بصيغة العموم من قبل النكرة في سياق النفي[٣]، لكن ابن حجر لم يسلم بقوة هذه الحجة في إثبات مذهبهم. وتعقبه بأن في «الاستدلال بهذه الصيغة في منع النّكاح بغير ولي نظراً لأنّها تحتاج إلى تقدير. فمن قدره نفي الصحة استقام له، ومن قدره نفي الكمال عكر عليه فيحتاج إلى تأييد الاحتمال بالأدلة المذكورة في الباب وما بعده»[٤].

وهذه الأدلة التي يحيل عليها ابن حجر هنا منها ما سبق ذكرها، وكلها تؤيد قول الجمهور في المسألة.

٢ـ مناقشة أدلة الحنفيّة في المسألة:

احتج الحنفيّة لقولهم في المسألة بقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ﴾ فأخذوا منه أن للمرأة أن تزوج نفسها بنفسها لأن النّكاح ورد فيه مسنداً إلى النّساء، لكن رد الشّيخ محمّد الطّاهر بن عاشور هذا الذي أخذه الحنفيّة من الآية، واستبعد أن يكون قولنا (نكحت المرأة) دليلاً على إسناد أمر الزّواج إليها لأنه على غير وفق العرب، وذكر أن أبا حنيفة «شذ (...) في المشهور عنه فلم يشترط الولاية في النّكاح، واحتجّ له الجصاص بأن الله أسند الكفاح هنا للنساء، وهو استدلال بعيد عن استعمال العرب في قولهم (نكحت المرأة) فإنّه بمعنى (تزوجت) دون تفصيل بكيفية هذا التزوج لأنه لا

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) ينظر الحاوي الكبير: ج ٩/ ٤٠.

(٣) ينظر مذكرة أصول الفقه للشيخ محمّد الأمين بن المختار الشنقيطي: ٣٢٢-٣٢٣.

(٤) ينظر فتح الباري: ج ١٠/ ٢٣٠ شرح الحديث رقم ٥١٣٠.

خلاف في أن رضى المرأة بالزوج هو العقد المسمّى بالنّكاح، وإنّما الخلاف في اشتراط مباشرة الولي لذلك دون جبر. وهذا لا ينافيه إسناد النّكاح إليهن»[١].

– وأما احتجاجهم بقوله تعالى: ﴿ وَامْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ ﴾، لأنه ورد فيه أن المرأة هي التي جاءت إلى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم لينكحها فكان الأمر إليها؛ فإنّه بالنظر إلى عبارة المرأة نجدها خالية من ذكر الصداق، وهو جائز عند الحنفيّة بمهر المثل، لكنه عند جمهور الفقهاء غير جائز. وحجتهم تتمة الآية وهى قوله تعالى: ﴿ خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ ﴾. «فعدوا ذلك من خصائصه صلّى الله عليه وسلّم، وأنه يتزوج بلفظ الهبة بغير مهر في الحال ولا[٢] في المآل»[٣]. وقال ابن عبد البر – بعد أن أوضح أن هذا قول سعيد بن المسيب ومكحول وابن شهاب –: «الموهوبة بلا صداق خص بها النبي صلّى الله عليه وسلّم، قال الله عزّ وجلّ: «خالصة لك من دون المؤمنين، قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم». يعنى من الصداق»[٤].

– وكذلك استدلالهم بقوله تعالى: ﴿ فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾[٥]. على أن المرأة تلي نكاح نفسها لأنه ورد في الآية إسناد النّكاح إليها؛ فقد خالفهم فيه ابن عبد البر وبين أن «احتجاجهم بقوله» ﴿ حَتَّىٰ تَنكِحَ ﴾، فإنما هذا على ما يجب من النّكاح الذي أمر الله ورسوله به ومنه الولي والصداق وغير ذلك»[٦]. ولعله يريد بقوله هذا أيضاً أن الله تعالى أوضح الطريقة التي يمكن أن ترجع بها المطلقة ثلاثاً إلى زوجها الذي طلقها وهى أن تنكح زوجاً غيره ثم يطلقها من غير اتفاق على الطّلاق، ويكون معنى النّكاح هنا

---

(١) ينظر التحرير والتنوير: ج ٢/ ٤٢٧-٤٢٨.

(٢) هكذا وردت في فتح الباري.

(٣) ينظر فتح الباري: ج ١٠/ ٢٠٥ شرح الحديث رقم ٥١١٣.

(٤) الاستذكار: ج ١٦/ ٦٦.

(٥) سورة البقرة، الآية ٢٢٨.

(٦) التمهيد: ج ١٩/ ٩٦.

الوطء، وهو ما بينه رسول الله صلّى الله عليه وسلّم في حديث عائشة رضي الله عنها أن رفاعة القرظي تزوج امرأة ثم طلقها الثّالثة فتزوجت آخر، فأتت النبي صلّى الله عليه وسلّم فذكرت له أنّه لا يأتيها وأنه ليس معه إلا مثل هدبة فقال: «لا حتّى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك»[١].

– وأما احتجاجهم بقوله تعالى: ﴿ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾[٢]، فأجاب عنه الماوردي من وجهين؛ «أحدهما: أن المراد برفع الجناح عنهنّ أن لا يمنعن من النّكاح، فإذا أردنه فلا يدل على تفردهن بغير شهود. والثاني: أن قوله ﴿ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾[٣]؛ يقتضى فعله على ما جرى به العرف من المعروف الحسن. وليس من المعروف الحسن أن تنكح نفسها بغير ولي»[٤].

– وأما احتجاجهم من السُّنَّة بقوله صلّى الله عليه وسلّم: «ليس للولي مع الثيب أمر»؛ فأجاب عنه الجمهور بأن هذا الحديث ينفي أن يجبر الولي الثيب على النّكاح، وليس فيه ما يدل على إسناد النّكاح إليها. قال ابن عبد البر: «ومدار هذا الحديث ومعناه الذي من أجله ورد أن الثيب لا يجوز عليها في نكاحها إلا ما ترضاه»[٥]. وقال الماوردي: «وأما قوله: «ليس للولي مع الثيب أمر»؛ فالأمر هو الإجبار والإلزام. وليس للولي إجبار الثيب وإلزامها، ولا يقتضى ذلك أن تنفرد بالعقد دون وليها كما لا تنفرد به دون الشهود»[٦].

– وأما احتجاجهم بقوله صلّى الله عليه وسلّم: «الأيم أحق بنفسها من وليها»: فيرد عليه قول الإمام الترمذي: «ليس في هذا الحديث ما احتجوا به، لأنه قد روى من غير وجه

---

(١) صحيح البخاري: كتاب الطّلاق رقم الحديث ٥٣١٧.

(٢) سورة البقرة، الآية ٢٣٤.

(٣) المصدر نفسه، الآية ٢٣٤.

(٤) ينظر الحاوي الكبير: ج ٩/ ٤٢-٤٣.

(٥) ينظر التمهيد: ج ١٩/ ٣١٨.

(٦) الحاوي الكبير: ج ٩/ ٤٣-٤٤.

عن ابن عباس عن النبي صلّى الله عليه وسلّم «لا نكاح إلا بولي»، وهكذا أفتى بـه ابـن عبـاس بعد النبي صلّى الله عليه وسلّم فقال: (لا نكاح إلا بولي)»[١]. وأجاب عن الاحتجاج به أيضاً الماوردي بثلاثة أجوبة: «أحدها: أنها أحق بنفسها في أنها لا تجبر إن أبت ولا تمنع إن طلبت. والثاني: أنّه جعل لها ولياً في الموضع الذي جعلها أحق بنفسها موجب أن لا يسقط ولايته عن عقدها ليكون حقها في نفسها وحق الولي في عقدها، فيجمع بين هذين الخبرين وبين قوله: «لا نكاح إلا بولي». والثالث: أن لفظة «أحق» موضوعة في اللغة للاشتراك في المستحق إذا كان حق أحدهما فيه أغلب، كما يقال زيد أعلم من عمرو إذا كانا عالمين وأحدهما أفضل وأعلم. ولو كان زيد عالماً وعمرو جاهلاً؛ لكان كلاماً مردوداً لأنه لا يصير بمثابة قوله: العالم أعلم من الجاهل. وهذا الفرد إذا كان ذلك موجباً لكل واحد منهما حق، وحق الثيب أغلب؛ فالأغلب أن يكون من جهتها الإذن والاختيار، ومن جهته قبول الإذن في مباشرة العقد[٢].

يستفاد من هذا الجواب أنّه ليس المراد من إعطاء الأحقية للأيم هنا أنها هي التي تلي عقد زواجها بنفسها، وإنّما المراد أن الحق لها يكون في أن لا يجبرها وليها على النّكاح، ولا يمنعها منه إن رغبت فيه، وأن دورها يتجلى في إذنها واختيارها دون مباشرة العقد، فهو من مهمة وليها. وهذا يعنى اشتراكهما في الزّواج، وهو ما يعبر عنه الإمام الشافعي بالولاية المشتركة في قوله: «في سنة رسول الله صلّى الله عليه وسلّم دلالات منها أن للولي شركا في بضع المرأة، ولا يتم النّكاح إلا به ما لم يعضلها. ثم لا نجد لشركه في بضعها معنى تملكه وهو معنى فضل نظر بحياطة الموضع أن ينال المرأة من لا يساويها»[٣].

رابعاً: سبب الاختلاف:

يجب التنبيه قبل ذكر سبب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة على أن اختلافهم لم يكن في إثبات فكرة ولاية التّزويج أو نفيها، فإنّه لم يقل بإنكارها أحد منهم، بل إنهم جميعاً

(١) سنن الترمذي: كتاب النّكاح ج ٣/ ٤٠٧ بعد ذكره الحديث رقم ١١٠٨.

(٢) ينظر الحاوي الكبير: ج ٩/ ٤٣.

(٣) الأم: ج ٥/ ١٨٧-١٧٩.

يستحضرونها عند إنجاز العقد. وإنّما اختلفوا في اشتراطها لصحة عقد النّكاح، فذهب الجمهور إلى أنها شرط فيه وأن الولي هو الذي يتولى تزويج المرأة التي تحت ولايته، وذهب الحنفيّة إلى نفي اشتراطها في العقد فأجازوا أن تتولى المرأة تزويج نفسها برجل كفء لها وبصداق مثلها، فعندهم أنّه لم يرد دليل قطعي للدّلالة يفيدها. وأوضح ابن رشد أن «الآيات والسنن التي يحتج بها من يشترط إسقاطها هي أيضاً محتملة في ذلك»[1].

خامساً: الترجيح:

يتبين من عرض أدلّة الفريقين والتأمل فيها أن مذهب الجمهور هو الرّاجح في المسألة لما يلي:

١- إقرار رسول الله صلّى الله عليه وسلّم بنحو واحد من الأنحاء التي كان النّكاح يتم عليها حين بعثه الله تعالى. وصورته أن «يخطب الرّجل إلى الرّجل وليته أو ابنته فيصدقها ثم ينكحها»[2]. ففيه أن الولي هو الذي كان يشرف على زواج المرأة التي تحت ولايته، وأبقى على العمل به رسول الله وعليه سار المسلمون من بعده، ولهذا جزم أبو بكر ابن العربيّ بأنّه «ما جرى قط من السلف أن امرأة باشرت نكاحها»[3].

٢- إن فكرة ولاية التّزويج ثابتة عند الحنفيّة ولم يقولوا بإلغائها. وإنهم وإن قالوا بتصحيح العقد إذا زوجت المرأة نفسها بنفسها؛ فهو مقيد عندهم بما إذا كان الزّوج كفؤاً لها، والصداق صداق مثلها. فإذا حطت نفسها في غير كفء؛ كان لأوليائها حق الاعتراض[4]. ويزيد تأكيداً لثبوت هذه الفكرة عندهم أنهم يمنعون إجبار الأب ابنته البالغ على النّكاح

(١) ينظر بداية المجتهد: ج ٢/ ٩.

(٢) صحيح البخاري: كتاب النّكاح باب من قال: «لا نكاح إلا بولي».

(٣) ينظر القبس لأبي بكر ابن العربيّ: ج ٣/ ٤١-٤٢.

(٤) ينظر المبسوط: ج ٥/ ١٠ باب النّكاح بغير ولي.

ويثبتون له ذلك في حق الصغيرة[١]. فدل هذا على أن فكرة ولاية التّزويج قائمة عندهم. وإذا ثبت هذا، كان القول بإلغائها عارياً من الدليل، شاذاً عمّا سارت عليه المذاهب الفقهيّة بما فيها المذهب الحنفيّ.

٣- إن في ولاية التّزويج كما يراها جمهور الفقهاء حماية للمرأة وتكريماً لها وليس حيفا في حقها[٢]. ذلك أن الرّجل حين يريد أن يتقدم لخطبة امرأة فإنّه يضرب ألف حساب لوليها. أمّا حينما تتولى هي تزويج نفسها فإنّه يسهل عليه أن يتصل بها وأن يتحايل عليها حتّى توافق على الزّواج به، ثم سرعان ما تجد نفسها قد تسرعت فيما أقدمت عليه بغاية العامل العاطفي عندها. وقد أوضح الشّيخ الدكتور يوسف القرضاوي أن «ليست المرأة المسلمة الشريفة هي التي تزوج نفسها بدون إذن أهلها فإن كثيراً من الشبان يختطفون الفتيات ويضحكون على عقولهم. فلو تركت الفتاة الغرة لنفسها، لطيبة قلبها ولعقلها الصغير، لأمكن أن تقع في شراك هؤلاء وأن يخدعها الخادعون من ذئاب الأعراض ولصوص الفتيات. لهذا حماها المشرع وجعل لأبيها أو وليها أياً كان[٣] حقاً في تزويجها ورأياً في ذلك، واعتبر إذنه واعتبر رضاه كما هو مذهب جمهور الأئمة»[٤].

---

(١) ينظر مبحث ولاية الإجبار.

(٢) هذا ما ادعاه اتحاد العمل النسائي بالمغرب فعد ولاية التّزويج حيفا في حق المرأة، وبعث في هذا الشأن رسالة إلى المنظمات الحقوقية المغربيّة يوم الإعلان عن الميثاق الوطني لحقوق الإنسان (ينظر جريدته ٨ مارس ع ٥٧/ مارس ١٩٩٢). ولا يزال النداء بإلغاء ولاية التّزويج مستمراً فيما سمي مشروع خطة العمل الوطنية لإدماج المرأة في التنمية ١١٢ و ١٢٨.

(٣) لا ينبغي أن يفهم من قوله «أيا كان» أنّه يتولى تزويج المرأة كل ذكر قريب من المرأة، فإن الفقهاء اشترطوا فيه شروطاً أخرى هي البلوغ والعقل، وإنّما يريد بقوله هذا- انسجاماً مع مذهب الجمهور في المسألة- أن ولي المرأة في نكاحها هو ابنها، فإن لم يكن، فأبوها أو وصيه، فإن لم يكن فأخوها (...) فإن لم يكن فالحاكم ولي من لا ولي له.

(٤) ينظر فتاوى معاصرة للقرضاوي: ج ٢/ ٨٦-٨٧.

ولا يعكر على هذا أن المرأة اليوم ارتقت إلى مناصب عليا في سلم الوظيفة العمومية[١]، فاشتغلت محامية وطبيبة ومهندسة (...)، فهذا شيء، وأمر الزَّواج شيء آخر. وإنه لواقع أن النّساء اليوم يشتغلن في الطب والقضاء والتعليم وغيرها من الوظائف على خلاف ما كان عليه حالهن في السابق، لكن هذا لا يلغي أنوثتهن. وإنه إن كان من النّساء من يدرين في أمر النّكاح ما تتحقق به مصلحتهن؛ فإن درايتهن ليست علة مطردة في جميع النّساء. فالأمر لا ينظر إليه من جانب ما تزاوله المرأة من عمل مهما كان في نظر البعض راقياً.

من أجل هذا، كان إسناد الأمر إليها في الزَّواج ينافي ضعفها العاطفي الذي هو جانب جمالي فيها، وكانت ولاية التّزويج مظهراً من مظاهر جبره.

٤- إذا ثبت هذا، كان القول بإلغاء ولاية التّزويج كلياً بالنّسبة للمرأة ذات الأب كما قننته المجلة التونسيّة للأحوال الشخصيّة ومشروع القانون العربيّ للأحوال الشخصيّة، أو جزئياً كما ذهبت إليه مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة حين أجازت للمرأة التي لا أب لها أن تزوج نفسها بنفسها؛ قولاً مردوداً من عدّة وجوه:

أحدها أنّه يعارض الأدلة القوية الواردة في المسألة والتي تثبت بمجموعها أن ولاية التّزويج شرط في صحة النّكاح. كما يشذ عن قول الأئمة الفقهاء، فإنّه لم يرد عن أحد منهم القول بإلغائها. وقد تعقب الدكتور محمّد الروكي على مذهب مدوّنة الأحوال الشخصيّة في تزويج الرشيدة التي لا ليس لها أب بأنَّه لم يقل به مذهب من المذاهب الفقهيّة وتساءل عمّا اعتمدت عليه المدوّنة في حكمها هذا[٢].

---

(١) يتعجب إتحاد العمل النسائي «كيف يقبل المنطق مثلاً وضع امرأة قاضية تقاضي بين الرّجال وتصدر الأحكام، وأستاذة جامعية تكون أطر البلاد فإذا هي همت بالزّواج يرهن القرار ولو بولي من عامّة المسلمين لا بإرادتها». (ينظر كلمة العدد ٥٧ من جريد ٨ مارس ١٩٩٢).

(٢) ينظر مقال: «ولاية التّزويج في الاجتهاد الفقهيّ المعاصر» ضمن كتاب الاجتهاد الفقهيّ أي دور جديد؟ ١٦١.

- والثاني: أنّه يخالف المعقول، فلو أن رجلاً مات وترك ابناً وبنتاً، وكان الابن أكبر من أخته بحيث أنّه هو الذي سهر على رعايتها من بعد أبيه حتّى بلغت النّكاح، فهل من المعقول أن نحمد صنيع أخيها معها إذ كانت صغيرة عنده؛ ثم نلغي دوره الاستشاري في عقد زواجها؟

والثالث: إن فيه ضرراً كبيراً بالمرأة والمجتمع، لأنه يوحي إليها بأن أباها كان عائقاً يحد من حريتها ويمنعها من تحقيق رغباتها وطموحاتها، وأنه بموته تنال كامل حريتها، وتصير مالكة أمرها تتزوج بمن تشاء من غير اكتراث لأحد. وبهذا تنقض عرى الروابط العائلية.

والرابع: أن التعليل الذي اعتمدته اللّجنة المكلّفة بمراجعة مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة لتقنين إلغاء ولاية التّزويج بالنّسبة للمرأة الرشيدة التي لا أب لها وهو «حمايتها من ضغوط الولي الذي قد يمانع في زواجها بسبب الإرث أو تعذر تعيين ولي عنها بسبب إقامتها بعيداً عن مسقط رأسها»[١]؛ تعليل غير معتبر من جهتين: الأولى أن ادعاء حماية المرأة من احتمال امتناع وليها من تزويجها بسبب الإرث أو غيره من الأسباب قول لا محل له، لأن مدوّنة الأحوال الشخصيّة عالجت في الفصل الثّالث عشر مسألة عضل الولي المرأة التي تحت ولايته أن تتزوج فقالت: «إذا عضل الولي المرأة أمره القاضي بتزويجها، فإن امتنع زوجها القاضي بصداق أمثالها لرجل كفء لها». والثانية: أن القول بتعذر تعيين ولي الرشيدة التي لا أب لها بسبب إقامتها بعيداً عن مسقط رأسها؛ قول باطل يرده ما نصّت عليه المدوّنة نفسها في الفصل الحادي عشر الذي فيه بيان أولياء التّزويج بالنّسبة لكل امرأة بما يفيد أنّه لا يمكن أن يتعذر تعيين أحدهم مهما كانت الأسباب لأن من جملتهم القاضي، وولايته أخذها ابن بطال من حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي صلّى الله عليه وسلّم «تزوجها وهي بنت ست سنين، وبنى بها وهي بنت تسع سنين»[٢]. فإنّه يدل عنده على أن «السلطان ولي من لا ولي

(١) ينظر بيان التعليل في مقال: «الولاية في الزّواج وشروط العقد» للأستاذ عبد الهادي بو طالب في مجالة الأمن الوطني ع ١٧٧ سنة ١٤١٤ هجرية.

(٢) سبق تخريجه.

له»[١]. ويمكن أن يؤخذ من أدلّة أخرى أصرح منه في ذلك[٢]. فإن لم يوجد فواحد من عامّة المسلمين بشرط أن يكون ذكراً بالغاً عاقلاً.

وبهذا لا يكون ابتعاد المرأة عن مسقط رأسها سبباً لإعطائها حق تزويج نفسها بنفسها لأن ولاية التّزويج تشترط بالنّسبة للمرأة ذات الأب والتي لا أب لها إذا كانت تشتغلان بعيداً عن مسقط رأسيهما، فبأي حق فرقت مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة بينهما فمنعت المرأة التي لها أب من أن تزوج نفسها بنفسها وأعطت للتي ليس لها أب حق تزويج نفسها بنفسها؟ إن هذا الذي قررته مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة هنا تلغي به العمل بالفصل الحادي عشر منها الذي ورد فيه ذكر ترتيب أولياء التزويج[٣] على الرغم من إبقائه ضمن فصول المدونة.

ولعل المراد هنا بالمرأة الرشيدة التي لا أب لها؛ المرأة الرشيدة المجهولة الأب أو التي ولدت من ماء فاسد، فهذه أعطتها الحق في تزويج نفسها بنفسها من أجل هذا السبب، ولكنها علة لا تلغي العمل بولاية التّزويج لما سبق بيانه أن السلطان ولي من لا ولي له.

من هنا كان الواجب للحفاظ على كرامة المرأة أن يتم تعديل الفقرة الرّابعة من الفصل الثّاني والعشرين من نصها على أن «الرشيدة التي لا أب لها أن تعقد على نفسها أو توكل من

---

(١) نقل قوله ابن حجر في فتح الباري: ج ١٠/ ٢٣٩ عند شرح رقم ٥١٣٤.

(٢) منها حديث سهل بن سعد في الواهبة، وفيه قوله صلّى الله عليه وسلّم لأحد الصحابة إذ جاء يطلب تزويجه المرأة التي وهبت نفسها له: «قد زوجناكها بما معك من القرآن». أخرجه البخاري في صحيحه، وترجم له بقوله: «بأن السلطان ولي لقول النبي صلّى الله عليه وسلّم: «زوجناكها بما معك من القرآن» (ينظر صحيح البخاري: كتاب النّكاح، رقم الحديث ٥١٣٠) ومنها أيضاً حديث عائشة رضي الله عنها مرفوعاً «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل الحديث»، وفيه «السلطان ولي من لا ولي له» وقد سبق أنّه أخرجه أبو داود والترمذي وحسنة.

(٣) ينص هذا الفصل على أن «الولي في الزّواج هو الابن ثم الأب أو وصية ثم الأخ فابن الأخ للأب فالأقربون بعد بالترتيب ويقدم الشقيق على غيره فالكافل فالقاضي فولاية عامّة المسلمين».

تشاء من الأولياء»؛ إلى النَّص على أن «للرشيدة التي لا أب لها أن توكل من تشاء من الأولياء». وبهذا يتم سد ذريعة فساد الخديعة التي قد تقع فيها المرأة التي لا أب لها، وتبقى لها الحرية في أن تختار من تشاء من الأولياء. فإن لم تجد فإن القاضي يزوجها، وهذا ما أجاب به الشّيخ أبو الشتا الصنهاجيّ حين قال: «واحترزنا بالمعروفة عن الطارئة وهي الغريبّة التي جاءت من مكان بعيد، وهي مجهولة عند السكان، فإذا ادعت أنها يتيمة بكر ولا ولي لها، فيزوجها القاضي من غير إثبات الأسباب الآتية، ويصدقها في كل ما ادعته بعد اليمين. نعم إذا كانت الطارئة مقيمة في بلد مدّة طويلة؛ فلا يزوجها القاضي حتّى تأتي بالبينة على أنها طارئة ولا ولي لها»[1].

٥- إن الذين يدعون إلى إلغاء ولاية التّزويج اليوم فاتتهم - بقصد أو بغير قصد - الحكم من تشريع ولاية التّزويج ومنها:

أ- أن الإسلام ينظر إلى المرأة على أن أنوثتها مظهر فيها من مظاهر الرقة يستدعي نوعاً من الحماية لها. وليس هو جانباً سلبياً فيها، بل ميزة تتميز بها. ولقد وصفها القرآن الكريم بأوصاف يحسبها البعض ذماً لها وانتقاصاً من شأنها ولكنها في الحقيقة أوصاف ثبت براءتها. ومنها قوله تعالى: ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعِنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾[2]. أنزله في عائشة رضي الله عنها يبرئها مما رماها به البعض[3]. وجاء وصفها بالغافلة تبريئاً لها من ذلك كله. وهذا ما بينته عائشة رضي الله عنها بقولها: «رميت بما رميت به وأنا غافلة، فبلغني بعد ذلك»[4] وبهذا الوصف مدحها حسان بن ثابت بقوله:

---

(١) التدريب على الوثائق العدلية: ١٦.

(٢) سورة النور، الآية ٢٣.

(٣) يعني في قضية الإفك، وقد أخرجها الشيخان. ينظر صحيح البخاري: كتاب الشهادات رقم الحديث ٢٦٦١ وكتاب تفسير القرآن، رقم الحديث ٤٧٥٠ وصحيح مسلم بشرح النووي: كتاب التوبة، رقم الحديث ٢٧٧٠.

(٤) صحيح البخاري: كتاب التفسير باب «لو سمعتوه ظن المؤمن والمؤمنات بأنفسهم خيراً».

حصان رزان ماتزن بريبة ... وتصبح غرثي من لحوم الغوافل[١].

ب- إن بناء الأُسرة المسلمة يقوم على أساس التلاحم بين أفرادها والتكافل بينهم في المنشط والمكره، والبنت حين تتزوج فإنّها لا تتزوج لوحدها، ولكنها تتزوج وكل أفراد عائلتها يأملون نجاح زواجها، لأن في نجاحه راحتهم وفى فشله قلقهم. ويتجلى هذا التكافل واضحاً في أن الولي حين يتولى تزويج المرأة التي تحت ولايته برضاها؛ فإنّه يتحمل نتائج زواجها، فالمرأة حينما تفشل في زواجها بل حينما تظهر بوادر خلافها مع زوجها، فإنّها تلجأ للاحتماء بعائلتها، وتؤويها عائلتها لأنّها أشرفت على زواجها، ويكون وليها مفاوضاً عنها في الصلح مع زوجها. ولو أن امرأة لم تكترث لأحد من أفراد عائلتها في زواجها ثم فشلت فيه؛ فكيف تتحمل عائلة نتيجة زواج لم يؤخذ رأيها فيه أول مرة؟ وبأي حق ترجع هذه المرأة إلى بيت أبيها وقد يكون معها أبناؤها ليتحمل مسؤوليتهم؟ وهل تقبل هذه المرأة أن تتعامل معها عائلتها بقاعدة الغنم بالغرم فترفض احتضانها لأنّها لم تكترث إليها حين أرادت أن تتزوج؟

٦- ثم أنّه بات واضحاً اليوم أن المرأة في المدن الكبرى خاصة - حيث يعسر أن يجد زوجان حديثي عهد بالزّواج مسكناً مستقلاً يناسب دخلهما - حينما تتزوج فإنّها تبقى في بيت أبيها ويبقى زوجها في بيت أبيه حتّى يجدا مسكناً يقدران على كرائه، والكل يساعدهما في البحث عنه وفى تذليل سبل الحصول عليه. ويحدث أحياناً أن عائلة المرأة توفر لها مسكناً هي وزوجها. ولا يمكن لعائلتها أن تضحي معها في بداية زواجها إذا هي لم تكترث لها في زواجها.

٧- إن الزَّواج إذا تم بانضمام رأي المرأة إلى رأي أسرتها ينتج عنه ارتباط أسرتها بأسرة زوجها برابطة المصاهرة، وهي رابطة لها آثارها الشرعيّة نحو تحريم أصول الزّوجين على بعضهما البعض لقوله تعالى: ﴿ وَأُمَّهَاتُ نِسَآئِكُمْ ﴾ وكذا آثارها الاجتماعيّة لما ينشأ عنها من

---

(١) أورد البخاري هذا البيت الشعري في صحيحه: كتاب التفسير، باب قوله: «يعظكم الله أن تعودوا لمثله أبداً».

تعارف بين أفراد الأسرتين. وقد توسع في بيان أهميتها الشّيخ محمّد عبده[١] والشّيخ محمّد الطّاهر بن عاشور[٢]. فكانت علة المصاهرة علة شرعيّة منضبطة. وهذه الآثار الاجتماعيّة كلها تغيب إذا لم تكترث المرأة لأحد من أسرتها وزوجت نفسها بنفسها.

٨- الواقع يبين أن المشكلة الغالبة التي تعاني منها المرأة اليوم ليست هي مشكلة ولاية التّزويج – كما يدعيه البعض زوراً – وإنّما مشكلتها هي مشكلة العنوسة التي أصبحت ظاهرة مقلقة في المجتمع، لا تواجه الفتاة وحدها خطرها ولكن يواجهها معها كل أفراد الأُسرة وعلى رأسها وليها؛ فالأولياء اليوم أكثر انشغالاً بتزويج بناتهم ويبذلون في سبيل تيسير ذلك أقصى ما يملكون من جهد، ولا يقومون عقبة في زواجهن.

(١) ينظر الأعمال الكاملة للشيخ محمّد عبده: ج ٢/ ٩٦.

(٢) ينظر مقاصد الشريعة للشيخ محمّد الطّاهر بن عاشور: ١٦٤.

المبحث السّادس

حكم توثيق عقد الزّواج

توطئة:

كان يكتفي لإثبات الزوجيّة بإعلان النّكاح، وهذا يتم بطرق مختلفة بحسب اختلاف الأعراف في كل منطقة. فإذا مات أحد الزّوجين أو حصل فراقها؛ كان من حضر حفل الزفاف شاهداً على الفراق. لكن حصل بانتقال الأزواج من الأماكن التي يتزوجون فيها إلى غيرها بعيدة، وبموت الشهود أيضاً ما يجعل إثبات الزوجيّة أمراً عسيراً. وهذا دفع بعض قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة إلى فرض توثيق عقد الزّواج.

أولاً: أراء الفقهاء المعاصرين في المسألة:

لم يقل الفقهاء قديماً بتوثيق عقد الزّواج، فهو إجراء جديد أدخلته الحكومة المصرية، «يقضي بمنع إثبات الزوجيّة. فمنعت القاضي من سماع الزوجيّة بدون مؤيد شرعيّ وهو وثيقة الزَّواج أو ما يضاهيها من الاعتراف»[1]. فجاء في المادّة التّاسعة والتسعين من قانون الأحوال الشخصيّة المصري رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ أنّه «يمنع سماع الزَّواج أو أي أثر عند الإنكار إلا إذا كان بوثيقة رسمية صادرة على يد موظف[2] مختص». فصار الأزواج بمقتضى هذه المادّة ملزمين بتسجيل عقود زواجهم عند موظف مؤهل للتوثيق دفعاً لكل ادعاء أو إنكار للزوجية.

---

(١) ينظر النقد الذاتي ٢٨٤.

(٢) يطلق في مصر على الموظف المكلف بتسجيل عقود الزَّواج لقب المأذون، ولا يكون واحداً من الشاهدين اللذين يحضران مجلس العقد.

ثم سارت على العمل بتوثيقه باقي قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة؛ فكان منها ما أسند مهمة توثيقه إلى موظف مختص في توثيق العقود كما يجري العمل في مصر وفي الجزائر الذي نصَّ قانون الأُسرة بها في المادّة الثّامنة عشرة على أنّه «سيتم عقد الزَّواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونياً مع مراعاة ما ورد في المادّة التّاسعة[١] من هذا القانون». ومنها ما أسند مهمة توثيق إلى الشاهدين اللذين يحضران مجلس العقد. وهكذا نصّت مجلة الأحوال الشخصيّة التونسيّة في الفصل الرّابع على أنّه «لا يثبت الزَّواج إلا بحجة رسمية يضبطها قانون خاص». ونصت مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة في الفصل الواحد والأربعين على أنّه «يتولى العقد عدلان منتصبان للإشهاد»[٢]. ونص قانون الأحوال الشخصيّة الكويتي في الفقرة (أ) من المادّة الثّانية والتّسعين على أنّه في الحوادث الواقعة من تاريخ العمل بهذا القانون[٣] «لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجيّة إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية أو سبق الإنكار إقرار بالزوجيّة في أوراق رسمية». ومنها ما أكد اعتماد حجة رسمية لإثبات الزَّواج من غير النَّص على من يشرف على توثيقه، وهو ما ذهب إليه قانون الزَّواج والطّلاق الليبي رقم ١٠ لسنة ١٩٨٤ فنص في المادّة الخامسة على أنّه «يثبت الزَّواج بحجة رسمية أو بحكم من المحكمة». وجاء في الفقرة (أ) من المادّة التّاسعة من مشروع القانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة أنّه «يثبت الزَّواج بحجة رسمية»[٤].

---

(١) ما ورد في المادّة التّاسعة هو نصها على أنّه «يتم عقد الزَّواج برضا الزّوجين وبولي الزوجة وشاهدين».

(٢) إن مدوّنة الأحوال الشخصيّة على الرغم من فرضها توثيق عقد الزّواج، فإنّها أبقت على إثبات الزوجيّة بالبينة الشرعيّة. فنصت في الفقرة الرّابعة من الفصل الخامسة المعدل في ١٠ لسنة ١٩٩٣ على أنّه «يجوز للقاضي بصفة استثنائية سماع دعوى الزوجيّة واعتماد البينة الشرعيّة في إثباتها».

(٣) بدأ تاريخ العمل بهذا القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤.

(٤) سار مشروع القانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة في هذه المسألة على ما أقرته مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة من اعتماد الوسائل الأخرى التي جرى العمل عليها في إثبات الزوجيّة، فجاء في الفقرة (ب) من المادّة السّابعة أنّه «يجوز بصفة استثنائية – اعتباراً لواقع معين – إثبات الزَّواج بالبينة أو بالتقارير».

ظاهر هذه النّصوص أنها تعد في الغالب توثيق عقد الزَّواج وسيلة وحيدة لإثبات الزوجيّة. وقد ذهب إلى هذا القول الأستاذ علال الفاسي - مقرر لجنة تدوين الفقه الإسلاميّ - لكنه لم يلغ وسائل الإثبات الأخرى. فأعلن أنّه «يجب فرض العقد وكتابته على كل محاولي الزَّواج في كل أنحاء البلاد، ومن امتنع من ذلك فأنه يعاقب عليه، ولكن لو أدلى بعد ذلك بما يثبت زوجيته من بينه أو إقرار؛ عمل وأُلزِمَ بكتابة العقد وتسجيله عند الشاهدين»[1].

ثانياً: الأدلة:

بنى الذين قالوا بتوثيق عقد الزَّواج قولهم على ما يلي:

١ - حق ولي الأمر في أن يمنع القضاة - بناءً على ما يثبت لديه من مصلحة - أن يسمعوا بعض دعاوى الزوجيّة. هذا ما أوضحه الأستاذ علال الفاسيّ بقوله: «الإصلاح الذي أدخلته الحكومة المصرية إنما هو من قبيل ما جرى عليه العمل من أن لولي الأمر أن يخصص القضاء في الزمان والمكان والحادثة»[2].

وتظهر المصلحة في توثيق عقد الزَّواج فيما يلي:

أ-الحد من الدعاوى الكاذبة للزوجية بحيث لا يجد المدعي بم يثبت زوجيته. فلو أن امرأة توفيت لم يكن لأحد أن يرثها بدعوى أنها زوجته حتّى يثبت دعواه بوثيقة رسمية.

ب- سد ذريعة إنكار الزوجيّة تهرباً من آثار الزّواج، فإن في إنكارها من طرف الزّوج منعاً للزوجة من الوصول إلى حقها في النّفقة، وتعجيزاً لها أن تثبتها أمام القضاء، وضياعاً لنسب الأولاد إلى أبيهم. كما أن في إنكارها من طرف الزوجة منعاً للزوج من الوصول إلى حقه في الطاعة. وقد بين هذا الوجه من المصلحة في توثيق عقد الزَّواج عدد من الفقهاء

(١) ينظر النقد الذاتي: ٢٨٥.

(٢) النقد الذاتي: ٢٨٤.

المعاصرين منهم الشّيخ محمّد حسنين مخلوف[1] والشّيخ محمود شلتوت والأستاذ علال الفاسي. فأوضح الشّيخ حسنين مخلوف أن «التوثيق لدى المأذون أو الموظف المختص نظام أوجدته اللوائح القانونية الخاصة بالمحاكم الشرعيّة خشية الجحود وحفظاً للحقوق. وحذرت من مخالفته لما له من النتائج الخطيرة عند الجحود»[2]. وقال الشّيخ شلتوت: «وقد رأى المشرع المصري – حفظاً للأسر وصوناً للحياة الزوجيّة والأعراض من هذا التلاعب – أن دعاوى الزوجيّة لا تسمع إلا إذا كانت الزوجيّة ثابتة بورقة رسمية»[3]. ووصف الأستاذ علال الفاسيّ هذا التّشريع بأنَّه «مفيد جداً للتحفظ على الأنساب وعدم اختلاطها لأن الزمان قد فسد»[4].

هذه هي وجوه المصلحة التي من أجلها ذهب الذين قالوا بتوثيق عقد الزَّواج إلى أن لولي الأمر أن يتدخل لتوجيه القضاء إلى المنع من سماع دعوى الزوجيّة حتّى تثبت عندهم بوثيقة رسمية.

٢- قياس توثيق عقد الزَّواج على توثيق الديون:

جاء بيان اعتماد القياس من أجل العمل بتوثيق عقد الزَّواج في المذكرة التوضيحيّة لمشروع القانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة فقالت: «إذا ورد التوجيه في القرآن الكريم

---

(١) هو الشّيخ محمّد بن حسين مخلوف العدوى المالكيّ من مصر، ولد سنة ١٢٧٧هـ الموافق ل١٨٦١. ذكره الشّيخ عبد الله بن الصّديق من شيوخه. وقال فيه: «كان عالماً محققاً في العلوم العقلية ويعرفها جيداً، وكان على خلق كريم». (ينظر سبيل التوفيق). درس الشّيخ مخلوف في الأزهر وعين مديراً عاماً للمساجد الدينية ووكيلاً للأزهر. وفي سنة ١٩٥٠ عين مفتياً للديار المصرية. توفي بالقاهرة سنة ١٣٥٥هـ الموافق ل١٩٣٦. ترجمته في الأعلام: ج٦/ ٩٦، وفي كتاب «خواطر وأفكار دينية وإسلامية وأدبية واجتماعية: ٢١٤» للسيد كمال الشورى.

(٢) ينظر فتاوى شرعيّة وبحوث إسلامية للشيخ محمّد حسنين مخلوف: ج٢/ ٣.

(٣) الفتاوى للشيخ شلتوت: ٢٧١.

(٤) ينظر التقريب شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة: ٢٠٤.

على توثيق المداينات بين النَّاس بالكتابة، وأن يكتب بينهم كاتب بالعدل في قوله جل جلاله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾(١)؛ فإن توثيق عقد الزَّواج بحجة رسمية وإسناد(٢) كتابيّة؛ يكون من باب أولى»(٣).

يتقرّر من آية المداينة أن الحق الذي للدائن على المدين هو أن يرجع إليه ما استدانه منه، فحقه مادي محض أراد الله إثباته بأمر المتداينين بكتابته. وتتميز الحقوق التي تنشأ بعقد الزَّواج بأن منها ما هو مادي كالصداق والنّفقة الزوجيّة وأجرة الحضانة والرّضاع عند الطّلاق والحق في الإرث عند الموت، ومنها ما ليس مادياً كحرمة الزَّواج بآخر ما دامت الزوجيّة قائمة بين الزّوجين، والمعاشرة بالمعروف، وثبوت النسب وغير ذلك. من أجل هذا كان لتوثيق عقد الزَّواج أهمية أكثر من توثيق الدين.

وإذا عرفنا أن النَّاس اليوم كثر فيهم التحايل والتهرب من التزامات الزوجيّة وهي واجبة؛ وأنه لا سبيل إلى حفظها إلا عن طريق توثيق العقد؛ فإنّه يتقرّر أن توثيقه يكون واجباً، لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

ثالثاً: مناقشة:

١- مناقشة فكرة توثيق عقد الزّواج:

إن توثيق عقد الزَّواج فكرة لم يسبق القول بها عند الفقهاء قديماً، فهي إجراء جديد دعت إليه الحاجة في إثبات الزوجيّة. ذلك أن عمل النَّاس لإثبات الزَّواج جري على اعتماد ما تعارفوا عليه وكان عندهم هذا كافياً لذلك حتّى «رأي أولياء الأمر أن ميزان الإيمان في كثير من القلوب قد خف (...) فوجد من يدعي الزوجيّة زوراً ويعتمد في إثباتها على شهادة

(١) سورة البقرة، الآية ٢٨١.

(٢) هذا اللفظ ورد هكذا في النص.

(٣) ينظر المجلة العربيّة للفقه والقضاء: عدد ٢/ ٥٧.

شهودهم من جنس المدعي، (...) فلا تشعر المرأة إلا وهي زوجة لمزور أراد إلباسها قهراً ثوب الزوجيّة وإخراجها من خدرها إلى بيته تحقيقاً لشهوته أو كيداً لها ولأسرتها. كما وجد من أنكره تخلصاً من حقوق الزوجيّة أو التماساً للحرية في التزوج بمن يشاء ويعجز الطرف الآخر عن إثباته أمام القضاء. وبذلك لا تصل الزوجة إلى حقها في النّفقة، ولا يصل الزّوج إلى حقه في الطاعة، وقد يضيع نسب الأولاد (...). وقد رأى المشرع المصري – حفظاً للأسر، وصوناً للحياة الزوجيّة والأعراض من التلاعب –، أن الدعاوى الزوجيّة لا تسمع إلا إذا كانت الزوجيّة ثابتة بورقة رسمية»[1]. وهذا ما أكده الأستاذ علال الفاسي فذكر أن فكرة التوثيق جاءت «ضبطاً للحقوق، وحفظاً للأعراض، ودفعاً للخصومات»[2].

ولا يعني هذا أن العقد يبطل إذا لم يوثق، بل يكون صحيحاً إذا استوفى أركانه كاملة؛ وإنّما يكون عرضة للإنكار والجحود. صرح بهذا عدد من الفقهاء المعاصرين منهم الشّيخ محمّد حسنين مخلوف فإنّه أوضح أن «عقد الزَّواج إذا استوفى أركانه وشروطه الشرعيّة تحل به المعاشرة بين الزّوجين. وليس من شروطه الشرعيّة إثباته كتابة في وثيقة رسمية ولا غير رسمية، وإنّما التوثيق لدى المأذون أو الموظف المختص نظام أوجبته اللوائح والقوانين الخاصة بالمحاكم الشرعيّة خشية الجحود وحفظاً للحقوق»[3]. وقال الشّيخ أبو زهرة في تعليقه على فرض توثيق عقد الزَّواج في قانون العائلة اللبناني: «ولا شك أن هذه الإجراءات التي اشتمل عليها قانون العائلة إجراءات شكلية لأجل توثيق العقد، ولكنها لا تتعلّق بصحته، (...) ولذلك نقول: إذا تم عقد غير موثق فإن العقد يكون صحيحاً وإن كانت لا تسمع الدعاوى بمقتضاه، ولا يعد الدخول فيه زنى بل يثبت به النسب وغيره من الأحكام الشرعيّة»[4].

---

(١) ينظر الفتاوى للشيخ شلتوت: ٢٧١.

(٢) ينظر التقريب شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة: ٢٠٤.

(٣) ينظر فتاوى شرعيّة وبحوث إسلامية: ج٢/ ٣.

(٤) محاضرات في عقد الزَّواج وآثاره: ٦٣

وأوضح الأستاذ علال الفاسيّ أن توثيق العقد ضابط «لا يغير شيئاً من مشروعية الزَّواج إذا وقع»[١].

وأنه بالنظر إلى ما يمكن لهذا الإجراء أن يجلبه من مصلحة وأن يدفعه من مفسدة نجد أن العمل به اليوم ضروري.

٢ ـ مناقشة الأدلة التي قامت عليها:

يظهر أن أهم ما قدّمت عليه فكرة توثيق عقد الزَّواج هو المصلحة[٢]. ولا شك أن في إثبات الزوجيّة دفعاً لادعائها كذباً أو إنكارها فراراً من آثارها، وتثبيتاً لحقوق الزّوجين مصلحة لم يقم دليل في الشّرع على اعتبارها أو إلغائها فكانت مصلحة مرسلة[٣]. وقد ضرب لها الشّيخ عبد الوهاب خلاف[٤] مثلاً توثيق عقد الزَّواج فذكر أن «المصلحة المرسلة مثل المصلحة التي اقتضت أن الزَّواج الذي لا يثبت إلا بوثيقة رسمية لا تسمع الدعوى به عند

---

(١) ينظر النقد الذاتي: ٢٨٤.

(٢) تعد المصلحة الأساس في قصد الشَّارع من وضع أحكام الشريعة ابتداء، فهي الطابع الذي يميز الفعل الإلاهي كله.

وهذا واضح في قوله تعالى: «وما خلقنا السماء والأرض وما بينهما لاعبين» (الأنبياء١٦). وقوله أيضاً: «وما خلقنا السماوات والأرض وما بينهما إلا بالحق». (الحجر٨٥)

والشريعة الإسلاميّة بعض فعله تعالى، ومصلحة الإنسان قائمة بها آخرة ودنيا. فكان «مبناها وأساسها – كما قال ابن القيم – على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد». (ينظر إعلام الموقعين: ج٣/ ٣).

(٣) عرف أبو حامد الغزالي الاستصلاح بأنّه «ما لم يشهد له من الشّرع بالبطلان ولا بالاعتبار نصٌّ معين». (ينظر المستصفى: ج١/ ٢٨٦). يظهر من هذا التعريف أنّه يدخل في الاستصلاح كل مصلحة ليس لها دليل معين من الشّرع يلغيها أو يعتبرها.

(٤) هو الشّيخ عبد الوهاب بن عبد الواحد خلاف من علماء مصر المشهورين في هذا العصر؛ ولد سنة ١٣٠٥هـ الموافق لـ١٨٨٨ وتوفي سنة ١٣٥٧هـ الموافق لـ ١٩٥٦م. ترجمته في الأعلام: ٤/ ١٨٤.

الإنكار»[١]. وغير خاف أن المصلحة المرسلة معتمدة عند الإمام مالك[٢].

٣- مناقشتها من حيث تنزيلها للتطبيق:

يمكن تسجيل ملحوظتين على الصيغة التي اعتمدتها بعض قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة في تنزيل فكرة توثيق عقود الزّواج. إحداهما أن قانون الأحوال الشخصيّة المصري يعد أول قانون عربي فرض توثيق عقد الزّواج، وقد أسند مهمته إلى موظف مختص يدعى المأذون. فإذا حصل الاتفاق على الزَّواج في مجلس العقد بمحضر شاهدين عدلين؛ فإنّه يبقى تسجيله عند المأذون. وقد عمل بهذه الطريقة قانون الأُسرة الجزائريّ أيضاً، فنص على توثيق عقد الزَّواج عند موظف مختص بذلك.

وهذه الطريقة انتقدها[٣]. الأستاذ علال الفاسيّ لأن فيها زيادة تكليف بعمل لا داعي له. وأقترح أن يقوم شاهداً عقد الزَّواج بهذه المهمة، باعتبارهما يحضران مجلس العقد فيكونان أولى بأن يقيما الشهادة على وجهها بحضورهما. فقال: «وقد وقع للمصريين أن وضعوا نظام المأذون الذي يمثل السلطتين الدينية والمدينة ليسجل العقد زيارة على شاهدين. وأنا لا أرى في ذلك إلا تقليداً أعمى لعادات أجنبية عن المسلمين، والشّارع يريد تبسيط مسائل الزَّواج

---

(١) علم أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف: ٨٥.

(٢) يتسع المذهب المالكيّ لحياة الإنسان بمختلف قضاياها، لأن الإمام مالكاً رحمه الله كان ينظر إلى واقع الحياة قبل أن يستنبط أحكامه. قال الشّيخ أبو زهرة: «ولم يكن منحاه - يعني الإمام مالكاً - في الرأي منحي فقهاء العراق، بل كان منحاه أن يتعرف المصالح في كل أمر لم يرد فيه كتاب ولا سنة ولا أثر. فالمصلحة عنده مقياس ضابط لكل ما هو شرعيّ وما هو غير شرعيّ ما دام لم يكن نصٌّ من كتاب أو سنة شاهدة التّحريم أو أثر مرجح له. وهو بهذا يفهم الشّرع الإسلاميّ فهما يجعله قريباً من مصالح النَّاس أو يجعله واضحاً في هذه المصالح». (ينظر مالك حياته وفكره للشيخ محمّد أبو زهرة: ٢٣)

(٣) الشيخ محمّد عبده أقر هذه الطريقة المعتمدة في مصر وإنّما انتقد الارتجال في تعيين المأذونين وبين أنهم غير مؤهلين لذلك. (ينظر الأعمال الكاملة للشيخ محمّد عبده: ج٢/ ٢٩٠ – ٢٩٢)

بقدر الاستطاعة، ولذلك يمكن أن يكتفي بالشاهدين اللذين يؤديان شهادتهما عند القاضي ضبطاً للقاعدة الشرعيّة»[١].

ولعل في هذه الطريقة التي اقترحها الأستاذ علال الفاسيّ تخفيفاً على الزّوجين من أعباء الإجراءات الإدارية والتحركات بين المكاتب بعد إنجاز عقد الزّواج. وهذه الطريقة هي التي سارت عليها مجموعة من قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة فيترجح العمل بها من أجل ذلك.

والملحوظة الثّانية هي أن مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة على الرغم من فرضها في الفصل الواحد والأربعين توثيق عقد الزّواج؛ فإنّها أبقت بصفة استثنائية على اعتماد ما يجري عليه العرف في إثبات الزوجيّة. وذلك بنصها في الفقرة الثّالثة[٢] من الفصل الخامس على أنّه «يجوز للقاضي بصفة استثنائية سماع دعوى الزوجيّة واعتماد البينة الشرعيّة في إثباتها».

وإنه بالنظر إلى طبيعة هذه الفقرة، وأنها استثنائية، وكذا إلى الظروف التي روعيت في اقتراح العمل بالاستثناء المذكور فيها؛ يمكن القول أنّه كانت هناك مسوغات دعت إلى إقرار العمل بها. ذلك أن اللّجنة المكلّفة بتدوين الفقه الإسلاميّ[٣] عندما توصلت بمشروع مدوّنة الأحوال الشخصيّة الذي هيأته وزارة العدل، وجدته لم يعتبر ما «جرت (به) العادة في كثير من النواحي المغربيّة ولا سيما في البادية باكتفاء النَّاس في الزَّواج بإقامة حفلات الإعلان والإشهار وضرب البارود»[٤]. ونظراً لما ظهر لمقرر هذه اللجنة[٥] من حرج للناس في عدم

---

(١) النقد الذاتي: ٢٨٥.

(٢) هذه الفقرة صارت هي الفقرة الرّابعة بعد تعديل مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة سنة ١٩٩٣

(٣) هي لجنة أحدثت بمقتضى ظهير شريف صدر في ٢٢ محرم ١٣٧٧ ه الموافق ١٩ غشت ١٩٥٧ من أجل وضع مدوّنة لأحكام الفقه الإسلاميّ يجري العمل بها لذي محاكم البلاد. (ينظر لمعرفة أعضاء هذه اللّجنة كتاب؛ شرح قانون الزَّواج المغربي: ١٥).

(٤) ينظر التقريب شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة: ١١٦.

(٥) مقرر هذه اللّجنة هو الأستاذ علال الفاسي.

اعتبار هذه الحالة بالحكم على أنكحتهم بالفساد؛ ذكر في تقريره «ما يوضح ضرورة اعتماد ما جرى به العرف ولو بصفة استثنائية حماية للأسرة من الحكم عليها بالفساد الذي لم ترده (...). وقد صادقت اللّجنة على ذلك فأقرت ما جرى به العمل من إثبات الزوجيّة بالبينات المعروفة ولكن بصفة استثنائية[1]، أي إلى أن يتعود النَّاس عادة الإشهاد في مجلس العقد»[2]. فتم من أجل ذلك إقرار اعتماد البينة الشرعيّة في إثبات الزوجيّة مع دعوة الجهاز القضائي خاصة إلى العمل على إنهاء العمل بها مع الزمن. قال الأستاذ علال الفاسي: «وإذا كانت المدوّنة قد أقرت إثبات الزوجيّة بصفة استثنائية، فمن واجب المحاكم أن تحرص على أن يتعود النَّاس قاطبة الإشهاد في عقود زواجهم حتّى ينتهي الاستثناء الذي رمي إلى إبقاء صبغة المشروعية على الزوجيات المنعقدة قبل المدونة. وفي الآماد القريبة منها، رجاء أن يقوم كل واحد بواجبة في تغيير العادات وعدم الاكتفاء بالإشهار ضبطاً للعقود وحفظاً للأعراض ودفعاً للخصومات»[3]. يظهر من قوله هذا أنّه كان يرمي إلى التدرج في إلغاء العمل باعتماد البينة الشرعيّة في إثبات الزّواج. لكن شيئاً من هذا لم يقع، وبقي العمل بالصفة الاستثنائية إلى اليوم، وقد مضى على تقرير العمل بها أكثر من أربعين سنة[4].

ثم أنّه في سنة ١٩٩٣ تم تعديل جزئي لمدونة الأحوال الشخصيّة المغربيّة، ولم يتم إعادة النّظر في هذه الصفة الاستثنائية على الرغم من أن الظروف التي تم إقرار العمل بها في سنة

---

(١) قرر المجلس الأعلى للقضاء بالمغرب أن المدوّنة باعتمادها – عند وضعها – البينة الشرعيّة في إثبات الزوجيّة؛ كانت أخذت بعين الاعتبار استعمالات النَّاس في إثبات زوجيتهم. (قرار رقم ٢٢٨ بتاريخ ٢١ ماي ١٩٧٥ القضية رقم ٤٧٥٦٣).

كما قرر أنّه تم مراعاة ظروف من لم يتيسر لهم العمل بالتقنين الجديد وهو توثيق العقد. (قرار رقم ١٣٢٦ الصادر بتاريخ ٢١ أكتوبر ١٩٨٦ في ملف عقاري ٤٨٨٦/ ٨٤)

(٢) ينظر التقريب شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة: ١١٧.

(٣) التقريب شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة: ٢٠٤.

(٤) تم خلال هذه الفترة إعداد بعض مشاريع تعديل المدوّنة لكنها لم تصدر. (ينظر وجهة نظر: ٢٨)

١٩٥٧ تغيرت اليوم، وعلى الرغم من مناداة أغلب المهتمّين والمختصين في تدريس الأحوال الشخصيّة بإلغاء العمل بها[١].

وبالنّسبة لصور تطبيقها فإن مما يؤاخذ على مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة أنها «لم تبين ما هي الحالة الاستثنائية التي يجوز فيها للقاضي أن يسمع دعوى الزوجيّة من غير الإدلاء برسم الصداق»[٢]. وعلى الرغم من أن وزارة العدل اضطرت إلى أن «تصدر للقضاة تفسيراً موسعاً للفقرة الثّالثة التي خول فيها للقاضي بصفة استثنائية سماع دعوى الزوجيّة واعتماد البينة الشرعيّة في إثباتها»[٣]؛ فإن القضاة لم يحسنوا تطبيقها. ولو أنهم «طبقوها تطبيقاً صحيحاً؛ لأمكن سد الباب في وجه أولئك الذين يخرجون عن القاعدة ولا يطبقون قانون الإشهاد في كل عقد نكاح»[٤].

وكذلك المجلس الأعلى للقضاء على الرغم من كونه قرر أنّه «لا تسمع دعوى الزوجيّة اعتماداً على البينة إلا بصفة استثنائية»[٥]؛ فإنّه توسع في اعتمادها[٦]، فاضطربت قراراته[٧]، مما يفيد أن القضاء المغربي بعد مرور أكثر من أربعين سنة على وضع مدوّنة الأحوال الشخصيّة لم

(١) تم في اختتام ندوة «مدونة الأحوال الشخصيّة وتطور الواقع الاجتماعي المغربي» بكلية الحقوق بوحدة سنة ١٩٨٨ التوصية بإلغاء العمل بالصفة الاستثنائية.(ينظر مجلة الميادين: ع٣/ ٢٥١)

(٢) ينظر مقال «بعض المآخذ على مدوّنة الأحوال الشخصيّة» للدكتور محمّد بن معجوز المزغراني، منشور بمجلة الميادين عدد٣/ ٩٩.

(٣) ينظر شرح قانون الزّواج المغربي: ٩٥

(٤) المصدر نفسه: ٩٦.

(٥) قرار مجلس الأعلى للقضاء عدد ٨٧ صدر عن الغرفة التجارية بتاريخ ٢٥ صفر ١٣٩٢ في الملف الاجتماعي رقم ٣٧٨٢٠.

(٦) ينظر لمعرفة مدي التّوسع في العمل بها كتاب شرح قانون الزّواج المغربي: ٩٦.

(٧) يمكن الرجوع في بيان اضطراب المجلس الأعلى للقضاء بالمغرب في شأن تطبيق الصفة الاستثنائية إلى كتاب التعليق على قانون الأحوال الشخصيّة: ج١/ ١٦٦-١٨٨.

يستقر على مبدأ واضح بشأن تطبيق الصفة الاستثنائية فتطبيقه كان «مضطرباً يتعذر معه استخلاص حكم موضوعي للزواج الذي يتم بدون إشهاد العدلين»[١].

وإنه بالنظر إلى تغير الظروف التي دعت إلى اعتماد الصفة الاستثنائية، وبناء على أن الاستثناء لا يتوسع وأنه ينبغي أن يفسر في حدود ضيقة جداً ونظراً لكون القضاء لم يضبط حدود استعماله[٢]؛ فإنّه يمكن القول أنّه وجب الحزم في ضبط استعمالات الصفة الاستثنائية، وفي التهيُّؤ للعمل على إنهاء اعتمادها بتحديد مدّة مقبولة يفرض فيها توثيق جميع العقود غير الموثقة تنتهي بانقضائها فترة العمل بها، وتيسر للناس مسطرة تحقيق ذلك. وهذا ما سار عليه مشروع القانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة إذ جاء في الفقرة (ب) من المادّة السّابعة عشرة منه أنّه «لا يجوز للقاضي بصفة استثنائية ولمدة محددة اعتباراً لواقع معين، إثبات الزَّواج بالبينة أو بالتقارر»، فجاء العمل بها محدداً بمدة معينة. وهذه هي الطريقة التي اعتمدتها قانون الأحوال الشخصيّة المصري لتثبيت العمل بتوثيق عقد الزّواج[٣].

رابعاً: خلاصة:

نخلص من كل هذا إلى أن قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة قد أحسنت صنعاً بفرضها توثيق عقد الزَّواج لما فيه من سد ذريعة ادعاء الزوجيّة أو إنكارها. فقد يدعي أحد زواجه بامرأة من أجل النكاية بها، أو من أجل أن يرثها إذا كانت دعواه بعد وفاتها، ويسهل عليه إثباتها بالشهود. وقد يجحد أحد الزّوجين الزوجيّة ويعجز الآخر عن إثباتها فتضيع حقوقه. لهذا كان توثيق عقد الزَّواج مانعاً من كل هذا. ثم هو يتفق مع أحد المقاصد الضرورية في الشريعة الإسلاميّة وهو حفظ الأعراض وصيانتها.

---

(١) ينظر التعليق على قانون الأحوال الشخصيّة: ج١/ ١٧٧

(٢) ينظر وجهة نظر: ١٩.

(٣) ينظر تشريعات الأحوال الشخصيّة في مصر: ٣٨/ ٤٠.



الفصل الثّاني
الاجتهاد الإنشائيّ فيما ينزل بالحياة الزوجيّة

المبحث الأول: حكم خروج المرأة للعمل من غير إذن زوجها

المبحث الثّاني: حكم الشروط التي يفضي العمل بها إلى حرج

المبحث الثّالث: تعدد الزّوجات بين التقييد والمنع



المبحث الأول

حكم خروج المرأة للعمل من غير إذن زوجها

توطئة:

الذي ثبت في الشّرع هو أن الرّجل هو المسؤول عن نفقة زوجته، فهو يخرج للعمل من أجل توفير نفقتها وهى راعية في بيت زوجها. ولا شك أن هذه الرعاية تتطلّب احتباسها في بيت الزوجيّة، فلا تغادره إلا باتفاق بينها وبين زوجها. وقد أوضح الفقهاء قديماً أن المرأة إذا خرجت من بيت زوجها بغير إذنه كانت ناشزاً تسقط بموجبه نفقتها اللهم إلا إذا كان خروجها لأمر ضروري نصَّ عليه بعضهم. وإذا كان قولهم هذا يترتب عن خروجها لوقت محدود خروجاً غير مطرد؛ فما عساه يكون الحكم إذا خرجت بغير إذن زوجها من أجل العمل، وهو يستغرق نهارها كله وذلك كل يوم؟

أولاً: آراء الفقهاء المعاصرين وأدلتهم في المسألة:

تتوزع آراء الفقهاء المعاصرين فيما يترتب عن خروج المرأة للعمل دون إذن زوجها على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنها إذا خرجت للعمل بدون إذنه تسقط نفقتها. جاء هذا الحكم في بعض قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة؛ فورد في الفقرة الخامسة من المادّة الثّانية من أحكام النفقات من قانون الأحوال الشخصيّة المصري رقم ٢٥ لسنه ١٩٢٠ المعدل بالقانون ١٠٠ لسنه ١٩٨٥ أنّه «لا يعتبر سبباً لسقوط نفقة الزوجة (...) خروجها للعمل المشروع ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق مشوب بإساءة استعمال الحق أو مناف لمصلحة الأسرة، وطلب زوجها

الامتناع عنه». فهذه الفقرة وإن جعلت خروج المرأة للعمل المشروع حقاً لها؛ فإنّها قيدته بعدم منافاته لمصلحة الأُسرة وعدم اعتراض زوجها على قيامها به. وهو ما تؤكده المذكرة الإيضاحية لهذه الفقرة إذ جاء فيها أن نفقة الزوجة «لا تسقط بسبب خروجها للعمل المشروع ما دام قد أذن لها الزّوج بذلك أو عملت دون اعتراضه أو تزوجها عالماً بعملها ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروع مشوب بإساءة استعمال الحق من جانبها أو مناف لمصلحة الأُسرة وطلب منها زوجها الامتناع عنه»[١]. وصرحت المادّة الثّانية والسبعون من قانون الأُسرة السوري بأنّه «يسقط حق الزوجة في النّفقة إذا عملت خارج البيت دون إذن زوجها»[٢]. وإلى هذا القول ذهب الشّيخ عبد الوهاب خلاف فذكر أن «الزوجة المحترفة التي تخرج نهاراً لحرفتها إذا منعها زوجها فلم تمتنع، لا تستحق نفقة»[٣]. وكذلك قال الشّيخ محمّد أبو زهرة[٤].

والقول الثّاني: إنها إذا خرجت لتعمل من غير إذن زوجها تسقط نفقتها إذا لم يكن الزّوج متعسفاً في منعها منه، جاء في المادّة السّابعة والخمسين من مشروع القانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة بيان الأحوال التي لا تستحق الزوجة فيها النّفقة ومنها ما ورد في الفقرة الثّالثة أنها «إذا عملت خارج البيت دون موافقة زوجها ما لم يكن متعسفاً في منعها من العمل». فهذه الفقرة وإن رتبت سقوط النّفقة على خروج المرأة للعمل من غير إذن زوجها؛ فإنّها قيدته بعدم تعسف الزّوج في منعها منه.

---

(١) ينظر تشريعات الأحوال الشخصيّة للمسلمين: ٤٩.

(٢) ينظر أحكام الأحوال الشخصيّة في الشريعة الإسلاميّة: ١٠٩.

(٣) وهذا مقيد بتوفير الزّوج لزوجته مسكناً شرعيّاً، فقد استقرّ الاجتهاد القضائي في سوريا على قبول قول الزّوج بترك زوجته العمل بما إذ أعد لها المسكن الشرعيّ. وهذا ما قررته محكمة النقض السورية بقرار فيه أن «الزوجة العاملة لا تحرم من النّفقة إلا إذا أعد لها المسكن الشرعيّ، وطلب منها ترك العمل ولم تمتثل كما استقرّ الاجتهاد». (قرار رق ٢٧٤/ ٨٤ بتاريخ ٢٥/ ٤/ ١٩٨٤ منشور بالمجلة العربيّة للفقه والقضاء: ع٢/ ٢٩٢).

(٤) ينظر محاضرات في عقد الزّواج: ٣٠٢.

والقول الثّالث: إن إذن الزّوج لا يعتبر في خروج المرأة للعمل، وخص سقوط نفقة الزوجة بمعارضة عملها لمصلحة الأسرة. هذا ما ذهب إليه قانون الأُسرة الكويتي رقم ٥١ لسنه ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصيّة فنص في المادّة التّاسعة والثمانين على أنّه «لا يكون نشوزاً خروج الزوجة لما هو مشروع أو لعمل مباح ما لم يكن عملها منافياً لمصلحة الأسرة».

وبالرجوع إلى المذكرات الإيضاحية لهذه القوانين يظهر أنها لا تناقش حكم عمل المرأة خارج بيتها، ولكنها تناقش ما يترتب عن خروجها إليه من غير إذن زوجها. وقد جاء التّصريح في بعضها بأن خروج المرأة للعمل من غير إذن زوجها يجوز قياساً على أقوال الفقهاء قديماً بجواز خروجها لبعض الحاجات بغير إذنه. وهكذا جاء في المذكرة التوضيحيّة لقانون الأحوال الشخصيّة المصري أن خروج المرأة للعمل بدون إذن زوجها «من الأحوال التي يباح فيها ذلك بحكم الشّرع كخروجها لتمريض أحد أبويها أو تعهده أو زيارته وإلى القاضي لطلب حقها، كذلك خروجها لقضاء حوائجها التي يقضي بها العرف (...) أو تقضي به الضرورة»[1].

وبالنّسبة لقانون الأحوال الشخصيّة السوري فإن المادّة الثّانية والسبعين منه ربطت سقوط نفقة الزوجة بخروجها للعمل دون إذن زوجها. وهو ما يفهم منه أنّه إذا أذن لها بذلك فلا تسقط نفقتها، فارتبط عنده سقوط نفقتها بخروجها من غير إذن زوجها. وعلى هذا إذا كانت المرأة من المحترفات اللائي لا يقررن ففي البيت فلا نفقة لها إذا طلب منها زوجها القرار في البيت فلم تجب لطلبه. وقد علل هذا الشّيخ محمّد أبو زهرة بأن «الاحتباس في هذه الحالة ناقص، فله طلبه كاملاً، فإن امتنعت فهي ناشزة. أمّا إذا رضي بهذه الحال فقد رضى بالاحتباس الناقص فتجب النّفقة. وذلك التفصيل في ذاته معقول لأن الاحتباس الذي تجب بسببه النّفقة هو الاحتباس الذي يمنعها من كسب المال بنفسها، والمحترفات لا يتحقق منهن ذلك. وإن رضى الزّوج بذلك الاحتباس الناقص فهو مأخوذ برضاه في مدّة الرضا»[2].

---

(١) ينظر تشريعات الأحوال الشخصيّة للمسلمين: ٦٤-٦٥.

(٢) وقع تقييد رضى الزّوج بالاحتباس الناقص بمدة معينة هي مدّة رضاه، وهو ما يفهم منه أن له الحق في منعها من العمل خارج بيتها بعد أن كان رضى به من قبل.

يستخلص من هذا أن نفقة الزوجة ترتبط بمدى تفريغها نفسها لمصالح بيت الزوجيّة، وهذا قول الفقهاء الحنفيّة[١]. لكنهم لم يميزوا بين خروج المرأة لعمل وبين خروجها لغيره، فمتى تخلف مكثها في بيتها وتحقق خروجها منه من غير إذن زوجها كانت ناشزاً. قال السرخسي: «إنما تستوجب النّفقة بتسليمها نفسها إلى الزّوج وتفريغها نفسها لمصالحه، فإذا امتنعت عن ذلك صارت ظالمة وقد فوتت عليه ما كان يوجب النّفقة لها باعتباره فلا نفقة لها»[٢]. ووصف الكاساني المرأة التي تخرج من بيت زوجها بغير إذنه بأنها ناشز تسقط نفقتها من أجل ذلك وقال: «لا نفقة للناشز لفوات التسليم بمعنى من جهتها وهو النشوز في النّكاح أن تمنع نفسها من الزّوج بغير حق، خارجة من منزله بأن خرجت بغير إذنه وغائب أو سافرت، أمّا إذا كانت في منزله ومنعت نفسها في رواية، فلها النّفقة لأنّها محبوسة لحقه، منتفع بها ظاهراً وغالباً، فكان معنى التسليم حاصلاً»[٣]. وبهذا يظهر أن القانون السوري للأحوال الشخصيّة اختار في هذه المسألة العمل بمذهب الحنفيّة لموافقته في اشتراط استئذان المرأة زوجها للخروج للعمل، ولم يجعل خروجها إليه من الحالات الضرورية كخروجها لزيارة أبويها ونحوها كما ورد في المذكرة التوضيحيّة لقانون الأحوال الشخصيّة المصري.

وبالنّسبة لمشروع القانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة فقد سبق القول أنّه رتب في المادّة السّابعة والخمسين عن خروج المرأة للعمل دون إذن زوجها سقوط نفقتها. لكنه قيد إذن الزّوج بعدم تعسفه فيه. وأوضحت المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع أن هذه الفقرة صيغت وفق ما نصَّ عليه كثير من الفقهاء أن خروج المرأة للعمل من غير موافقة زوجها مسقط لنفقتها وما جاء «في فتح القدير[٤] أن من حقها أن تخرج لفروض الكفاية بإذن وبغير

---

(١) جاء في المذكورة الإيضاحية للأحكام الشخصيّة العراقية أن هذا قول الفقهاء في النشوز: صفحة ٦٧.

(٢) المبسوط: ج٥/ ١٨١.

(٣) بدائع الصنائع: ج٤/ ٣٢.

(٤) كتاب فتح القدير لمحمد بن عبد الواحد الشهير بابن همام، شرح فيه كتاب الهداية شرح بداية المبتدي لأبي بكر المرغيناني المتوفى سنة ٥٩٣هـ. وهو مطبوع.

إذن كما إذا كانت قابلة أو تغسل الموتى النّساء، لأن خروجها للفروض الكفائية خروج بحق شرعيّ»[١].

وبالنّسبة لقانون الأحوال الشخصيّة الكويتي فإن المادّة التّاسعة والثمانين منه لم توجب استئذان المرأة زوجها للخروج للعمل ولم تعد خروجها إليه نشوزاً ولا موجباً سقوط نفقتها اللهم إلا إذا تنافى عملها ومصلحة الأسرة. وورد في المذكرة التوضيحيّة لهذا القانون أن المادّة المذكورة صيغت على ما «بين الحنفيّة أن للزوجة الحق في أن تخرج من بيت الزوجيّة لزيارة والديها، وأن الزّوج ليس له أن يمنعها من ذلك (...). ونص الشّافعيّة على خروجها إلى بيت أبيها أو أقاربها أو جيرانها لزيارة أو عيادة أو تعزية، وإلى القاضي لطلب الحق منه، ولخروجها لحوائجها التي يقضي العرف خروج مثلها لها لتعود عن قرب، وخروجها لإشراف البيت على الانهدام، أو بإكراهها على الخروج، أو إذا أعسر بالنّفقة سواء أرضيت إعساره أو لا (...) وعلى العرف»[٢]. فيظهر من هذا أن قانون الأُسرة الكويتي أخذ مادّته في هذه المسألة مما استثناه الحنفيّة والشّافعيّة من حكم نشوز الزوجة، فقاس عليه خروجها للعمل باعتبار أن خروجها إليه صار متعارفاً عليه.

ويعيننا على معرفة مدى أحقية الزّوج في منع زوجته من العمل خارج بيتها البحث فيما تجب من أجله النّفقة الزوجيّة.

ثانياً: موجب النّفقة عند الأئمة الفقهاء:

١ ـ موجب النّفقة عند الحنفيّة:

تجب نفقة الزوجيّة على زوجها في المذهب الحنفيّ بتحقق احتباسها في البيت، حيث يتعذر عليها أن تكسب ما تنفقه على نفسها فتجب عليه نفقتها من أجل ذلك سواء كانت

(١) ينظر المجلة العربيّة للفقه والقضاء: ع٢/ ٨٩.

(٢) ينظر قانون الأحوال الشخصيّة الكويتي: ١٩٦.

موسرة أو معسرة. وهذا صريح قول الكاساني: «ولسنا نقول إنها تجب مقابلة الحبس بل تجب جزاء على الحبس»[١]. وهذا الحكم ينبني - كما قال ابن عابدين[٢] - على أن «كل محبوس لمنفعة غيره يلزمه نفقته»[٣]. وتستوي عندهم في هذا الحكم المرأة الموسرة والمعسرة وكذا الصغيرة والمريضة عند بعضهم[٤].

---

(١) بدائع الصنائع ج٤/ ٣٤.

(٢) هو علاء الدّين محمّد بن محمّد أمين، عابدين الحسيني الدمشقي الحنفيّ؛ ولد بدمشق سنة ١٢٤٤هـ الموافق سنة ١٨٢٨م. شغل منصب القضاء بطرابلس الشام، وعين رئيساً ثانياً لمجلس المعارف بدمشق، توفى سنة ١٣٠٦هـ الموافق لسنة ١٨٨٩م. ترجمته في معجم المؤلفين: ج٣/ ٦٨٢ رقم ١٥٤٨٩، والإعلام: ج٧/ ٧٥.

(٣) ينظر حاشية ابن عابدين: ج٥/ ٢٢٤.

(٤) في المذهب الحنفيّ اختلاف في استحقاق الزوجة الصغيرة التي لا يجامع مثلها النّفقة، وكذا المريضة لمجرد احتباسها. فعند أبي يوسف القاضي - وهو من أعلام المذهب - أن احتباس المرأة في بيت زوجها كاف لاستحقاقها النّفقة. وعليه؛ فإن الصغيرة إذا اختار زوجها إمساكها وكذا المريضة إذا أرادها زوجها في بيته؛ وجبت نفقتها. نقل هذا الكاساني عنه فذكر أنّه «إذا كانت الصغيرة تخدم الزّوج وينتفع الزّوج بها بالخدمة، فسلمت نفسها إليه فإن شاء ردها وإن شاء أمسكها. فإن أمسكها فلها النّفقة (...) لأنه حصل له نوع منفعة وضرب من الاستمتاع، وقد رضي بالتسليم القاصر (...) ولو كانت المرأة مريضة قبل النقلة مرضاً يمنع من الجماع فنقلت وهي مريضة، فلها النّفقة بعد النقلة وقبلها أيضاً» (ينظر بدائع الصنائع: ج٤/ ٢٧-٢٨) وعند السرخسي أن احتباس الزوجة في بيت زوجها لا يكفي لاستحقاقها النّفقة حتّى يتحقق معه تسليمها نفسها لزوجها، فقال: «تجب النّفقة بالتسليم وتفريغها نفسها لمصالحة». (ينظر المبسوط: ج٥/ ١٨١)، وهو اختيار الكاساني، فإنّه جعل حبس الزوجة سبباً لوجوب النّفقة وتسليمها نفسها شرطاً له. ويريد بالتسليم: «التخلية؛ وهي أن تخلي بين نفسها وبين زوجها برفع المانع من وطئها أو الاستمتاع بها حقيقة». (ينظر بدائع الصنائع: ج٤/ ٢٧).

ومن هنا كانت الصغيرة والمريضة عند السرخسي والكاساني لا تجب لهما النّفقة لعدم توفر شرط وجوبها عندهما وهو تسليم نفسها لزوجها.

وعليه؛ فإن المرأة إذا امتنعت من الاحتباس في بيت زوجها وخرجت منه بغير إذنه[١]، أو حبست نفسها لمصلحته ليلاً دون النهار؛ تكون ناشزاً[٢]، فيسقط حقها في النّفقة لأنّها بفعلها هذا ترفع احتباسها الكامل. ونقل ابن عابدين عن البحر[٣]. أن «له (أي الزوج) منعها من الغزل وكل عمل ولو تبرعاً لأجنبي ولو قابلة أو مغسلة لتقدم حقه على فرض الكفاية، ومن مجلس العلم إلا لنازلة امتنع زوجها من سؤالها، ومن الحمام إلا النفساء، وإن جاز دون تزين وكشف عورة أحد»[٤]. ويستثنى من هذا خروجها لأمر مطلوب كزيارة أبويها فإن زوجها «لا يمنعها من الخروج إلى الوالدين في كل جمعة إن لم يقدرا على إتيانها (...) ولو أبوها زمناً مثلاً فاحتاجها، فعليها تعاهده ولو كافراً[٥]. وإن أبى الزوج»[٦]. ونقل عن البحر الزاخر أن «الصّحيح المفتى به أنها تخرج للوالدين في كل جمعة بإذنه وبدون إذنه، وللمحارم في كل سنة مرة بإذنه أو بدون إذنه»[٧].

٢ـ موجب النّفقة في المذهب المالكيّ:

يثبت المذهب المالكيّ حق الزوجة في النّفقة بتمكينها زوجها من نفسها أو بدعوته إلى الدخول بها لما جاء في المدوّنة الكبرى: «قلت: أرأيت الرّجل إذا تزوج متى يؤخذ بالنّفقة على

---

(١) ويشبه خروجها بغير إذنه «الخروج الحكمي كأن كان لها منزل فمنعته من الدخول عليها، فهي كالخارجة ما لم تكن سألته النقلة» (ينظر حاشية ابن عابدين: ج٥/ ٢٢٨).

(٢) ينظر المبسوط: ج٥/ ١٨٦ وحاشية ابن عابدين: ج٥/ ٢٢٤.

(٣) يعني كتاب البحر الزاخر للفقيه أحمد بن محمّد بن إقبال، جرد فيه كتاب السراج الوهاج لأبي بكر الحدادي المتوفى سنة ٨٠٠هـ.

(٤) ينظر حاشية ابن عابدين: ج٥/ ٢٥٨-٢٥٩.

(٥) أمر الله تعالى بالإحسان إلى الوالدين وإن كانا مشركين فقال: «ووصينا الإنسان بوالديه حسنا، وإن جاهداك لتشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما» (العنكبوت: ٧).

(٦) ينظر حاشية ابن عابدين: ج٥/ ٢٥٧-٢٥٨.

(٧) المصدر نفسه: ج٥/ ٢٥٨.

امرأته؟ أحين العقد أم حين يدخل بها؟ قال: قال مالك: إذا دعوه إلى الدخول فلم يدخل لزمته النّفقة»[١]. ويشترط لهذا أن يكون الزوجان بالغين حد الجماع. فإن كان أحدهما صغيراً أو كلاهما فلا نفقة حتّى يكونا معاً قادرين على الوطء. وهذا ما عبر عنه الباجي بقوله: «تجب النّفقة على الزّوج الحر لزوجته الحرّة ما دامت الزوجيّة بينهما باقية، ولم يكن من قبلها نشوز. وذلك إذا دخل بها أو دعي للدخول بها وكانا جميعاً من أهل الاستمتاع وهو أن يكون الزّوج بالغاً وتكون هي ممن يستمتع بمثلها، ويمكن وطؤها وإن لم تبلغ. فإن كان الزّوج ممن لم يبلغ أو كانت هي ممن لا يمكن وطؤها لصغرها؛ فلا نفقة خلافاً للشافعي[٢]. في ترك اعتبار ذلك في أحد قوليه. ووجه ذلك أن الاستمتاع غير متأت منها فلم تستحق العوض من النّفقة كالمطلقة البائنة»[٣].

وعليه، يكون موجب النّفقة في المذهب المالكيّ هو تمكين المرأة زوجها من نفسها للاستمتاع بها، فإذا مكنته من نفسها وكان الامتناع من جهته لزمته نفقتها. وأما إذا امتنعت من ذلك كانت ناشزاً فتسقط نفقتها من أجل ذلك. جاء في المدوّنة الكبرى: «أرأيت التي لم يدخل بها أيكون لها النّفقة على زوجها؟ قال: قال مالك: ما منعته الدخول فلا نفقة لها، وإذا دعي إلى الدخول فكان المنع منه أنفق على ما أحب أو كره»[٤]. ويلحق بامتناعها من الدخول عند المالكيّة خروجها من بيت زوجها بغير إذنه فإنّه يفوت عليه حقه في التمكين فتسقط بسببه نفقتها.

---

(١) المدونة الكبرى: ج٢/ ٢٥٤.

(٢) الإمام الشافعيّ لا يعد صغر أحد الزّوجين مانعاً من النّفقة إذا تحقق تمكين المرأة زوجها من نفسها، فعنده أن الرّجل «إذا ملك (...) عقدة المرأة يجامع مثلها وإن لم تكن بالغا فخلت بينه وبين الدخول عليها أو خلى أهلها فيما بينه وبين ذلك إن كانت بكراً ولم تمتنع هي من الدخول عليه؛ وجب عليه نفقتها كما تجب عليه إذا دخل بها، لأن الحبس من قبله، وكذلك إن كان صغيراً تزوج بالغا، فعليه نفقتها لأن الحبس من قبله». (ينظر الأم: ج٥/ ٩٦).

(٣) المنتقى: ج٤/ ١٢٦.

(٤) المدونة الكبرى: ج٢/ ٢٥٤.

٣- موجب النّفقة في المذهب الشافعيّ:

يؤخذ عن طريق المفهوم من قول الإمام الشافعيّ: «إذا دخلت عليه أو لم تدخل عليه فهربت أو امتنعت أو كانت أمة فمنعها أهلها، فلا نفقة لها حتّى تخلي بينه وبين نفسها»[١] أو نفقة المرأة على زوجها تجب إذا مكنته من نفسها ليلاً ونهاراً خلافاً للأمة[٢]. والتمكين «يشتمل - كما قال الماوردي - على أمرين أحدهما: تمكينه من الاستمتاع بها. والثاني: تمكينه من النقلة معه حيث يشاء في البلد الذي تزوجها فيه وإلى غيره من البلاد إذا كانت السبيل مأمونة. فلو مكنته من نفسها ولم تمكنه من النقلة لم تجب عليه النّفقة، لأن التمكين لم يكمل إلا أن يستمتع بها في زمان الاستمتاع من النقلة»[٣].

ظاهر هذا النَّص أن المرأة إذا خلت بينها وبين زوجها ولم تمتنع من الانتقال معه حيث يريد من البلاد المأمونة الطريق؛ تكون قد مكنته من نفسها تمكينا تاماً بحيث تصير محبوسة لمصلحته فيثبت حقها في النّفقة الزوجيّة. وتستوي في هذا عند الإمام الشافعيّ المرأة الغنية والفقيرة في استحقاق النّفقة، وكذلك تستحقها إذا انتقلت إلى بيت زوجها سليمة ثم أصابها مرض عنده في بيته. وهو ما يؤكده الإمام الشافعيّ بقوله: «وينفق على امرأته غنية كانت أو فقيرة بحبسها على نفسه للاستمتاع بها وغير ذلك ومنعها من ذلك من غيره»[٤] وبقوله أيضاً: «ولو دخلت عليه فمرضت مرضاً لا يقدر على إتيانها معه كانت عليه نفقتها»[٥].

---

(١) الأم: ج٥/ ٩٥.

(٢) تتميز الأمة إذا زوجها سيدها عن الحرّة المتزوجة في كون «الحرّة يلزمها تمكين الزّوج من نفسها ليلاً ونهاراً، والأمة يلزم السيد أن يمكن زوجها منها ليلاً ولا يلزمه تمكينه منها نهاراً. والفرق بينهما أن الأمة مملوكة الاستخدام في حق السيد فلم يلزمه تسليمها بالنهار، والليل أخص بالاستمتاع من النهار فاختص به الزّوج ولزم السيد تسليمها فيه، والحرّة بخلافها لأنه لم يشارك الزّوج مستحق للخدمة، فلذلك وجب عليها تسليم نفسها ليلاً ونهاراً». (ينظر الحاوي الكبير: ج١١/ ٤٤٥-٤٤٦).

(٣) ينظر الحاوي الكبير: ج١١/ ٤٣٨.

(٤) الأم: ج٥/ ٩٤.

(٥) المصدر نفسه: ج٥/ ٩٧.

فإذا ثبت حق الزوجة في النّفقة بتمكينها زوجها من نفسها، فإنّه لا يسقط بعدم استجابة زوجها لسبب منه بأن كان صغيراً أو غاب عنها بعد أن دخل بها[١]، حتّى لا يكون الامتناع إلا منها فتكون حينئذ ناشزاً تسقط نفقتها. وفي هذا يقول الإمام الشافعيّ: «وأصل ما ذهبنا إليه من أن لا قسم للممتنعة من زوجها ولا نفقة ما كانت ممتنعة لأن الله تبارك وتعالى أباح هجره مضجعها وضربها في النشوز والامتناع نشوز»[٢].

ويشبه امتناعها من التمكين خروجها من بيتها بغير إذن زوجها فإنّه من صور النشوز، فلو «كانت في منزله أو منزل يسكنه فغلقته دونه وامتنعت منه إذا جاءها أو هربت أو ادعت عليه الطّلاق كاذبة؛ حل له تركها والقسم لغيرها وترك أن ينفق عليها حتّى تعود إلى أن تمتنع منه وهذه ناشز»[٣]. وتوضيح هذا أن المرأة إذا خرجت من غير إذن زوجها تكون مقصرة في حقه، مفوتة لحقه في التمكين منها فتسقط نفقتها. وقد ذكر السيوطي أن هذه الصورة من صور النشوز وضرب لها مثلاً «هربها وخروجها من بيت[٤] الزّوج وسفرها بغير إذنه»[٥].

---

(١) نص الإمام الشافعيّ على أنّه «إذا دخل بها فغاب عنها قضى لها بنفقتها في ماله». (ينظر الأم: ج٥/ ١١٥).

(٢) الأم: ج٥/ ٢٠٨.

(٣) المصدر نفسه: ج٥/ ٢٠٤.

(٤) الخروج من البيت بغير إذن الزّوج في قول الشافعيّ نشوز، وهو ما يؤخذ عن طريق المفهوم من قوله: «إذا لم يجدها – يعني النّفقة – لم يؤجل أكثر من ثلاث، ولا يمنع المرأة في الثلاث من أن تخرج فتعمل أو تسأل». (ينظر الأم: ج٥/ ٩٨). فقوله: «ولا يمنع المرأة في الثلاث من أن تخرج» يفهم منه أنّه خاص بالحالة التي يجد فيها الزّوج النّفقة، فتخرج حينئذ عند ثلاث أيام لتعمل. وأما في حالة توفيرها؛ فلا ينبغي لها أن تخرج إلا بإذنه فإذا خرجت بغير إذنه كانت ناشزاً. ويوضح هذا الماوردي بقوله: «إذا أمهلت الزوجة بالفسخ ثلاثاً، كان لها الخروج من منزلها لتكسب نفقتها بعمل أو مسألة، ولم يكن للزوج منعها مع تعذر النّفقة عليه لأنه لا قوام لبدنها إلا بما يقوتها، فلو وجدت من المال ما تنفقه وأمرها بالقيام للإنفاق منه لم يلزمها وجاز لها الخروج لتكسب (...). هذا في النهار فأما في الليل فعليها أن ترجع فيه إلى منزل الزّوج لأنه زمان الإيواء دون العمل والاكتساب (...). فإن امتنعت عليه في النهار لم يجز عليها حكم النشوز وكانت على حقها من استحقاق النّفقة. وإن امتنعت عليه في الليل صارت ناشزاً ولا نفقه لها».(ينظر الحاوي الكبير: ج١١/ ٤٦٠).

(٥) ينظر منتقى الينبوع فيما زاد على الروضة من الفروع للسيوطي: ج٦/ ٤٦٩.

واستثنى من الخروج الذي يحكم فيه بالنشوز «ما إذا أشرف المنزل على الانهدام أو كان المنزل لغير الزّوج فأخرجت (...) [وما إذا] خرجت في غيبة الزّوج إلى بيت أبيها لزيارة أو عيادة لا على وجه النشوز»[1]. ففي الحالات لا تسقط نفقتها.

٤ـ موجب النّفقة في المذهب الحنبليّ:

صرح ابن قدامة أن النّفقة الزوجيّة «تجب في مقابلة التمكين المستحق بعقد النّكاح، فإذا وجد استحقت وإذا فقد لم تستحق شيئاً»[2]. ويريد بالتمكين معناه التام بأن تسلم الزوجة نفسها لزوجها في كل وقت من ليل أو نهار، وفي كل مكان انتقل بها إليه. أمّا «لو بذلت تسليماً غير تام بأن تقول أسلم إليك نفسي في منزلي دون غيره أو في الموضع الفلاني دون غيره؛ لم تستحق شيئاً إلا أن تكون قد اشترطت ذلك في العقد، لأنّها لم تبذل التسليم الواجب بالعقد فلم تستحق النّفقة»[3].

ولا يمنع من استحقاق الزوجة البالغة حد الجماع كون الزّوج صغيراً[4] حتّى لا يكون الامتناع إلا من قبلها فتكون عندئذ ناشزاً تسقط نفقتها. نقل ابن قدامة عن الخرقي قوله: «والناشز لا نفقة لها»[5]. وذكر ابن قدامة في بيان معنى النشوز أن له صوراً منها «معصيتها لزوجها فيما له عليها مما أوجبه له النّكاح (...). فمتى امتنعت من فراشه أو خرجت من منزله بغير إذنه أو امتنعت من الانتقال معه إلى مسكن مثلها أو من السفر معه فلا نفقة لها ولا سكنى في قول عامّة أهل العلم»[6].

---

(١) ينظر منتقى الينبوع فيما زاد على الروضة من الفروع للسيوطي: ج٦/ ٤٦٣-٤٧٠.

(٢) ينظر المغني: ج٩/ ٢٨٢.

(٣) ينظر المغني: ج٩/ ٢٨٩.

(٤) أوضح ابن قدامة أنّه «إذا كانت المرأة كبيرة يمكن الاستمتاع بها فمكنت من نفسها أو بذلت تسليمها ولم تمنع نفسها ولا منعها أولياؤها فعلى زوجها الصبي نفقتها». (ينظر المغني:ج٩/ ٢٨٣-٢٨٤). وهذا يوافق مذهب الشّافعيّة في المسألة.

(٥) ينظر المغني: ج٧/ ٦١١.

(٦) المصدر نفسه.

٥- موجب النّفقة عند ابن حزم:

يثبت حق المرأة في النّفقة عند ابن حزم بوجود الزوجيّة. فإذا وجدت كان على الزّوج نفقتها سواء طاقت الرّجال أم لا وسواء دعته إلى الدخول أم لم تدعه إليه، وسواء كانت ناشزاً أم غير ناشز. قال ابن حزم: «ينفق الرّجل على امرأته من حين يعقد نكاحها دعى إلى البناء أو لم يدع، - ولو أنها في المهد - ناشزاً كانت أو غير ناشز، غنية كانت أو فقيرة، ذات أب كانت أو يتيمة، بكراً كانت أو ثيباً، حرة كانت أو أمة على قدر ماله»[١]. وهذا مبني عنده على ما أخبر به عزّ وجلّ أنّه «ليس على الناشز إلا الهجر والضرب، ولم يسقط عزّ وجلّ نفقتها ولا كسوتها»[٢].

هذه آراء المذاهب الفقهيّة المشهورة فيما تجب من أجله نفقة الزوجة، وهي متوزعة على أربعة أقوال:

أحدها أن نفقة الزوجة تجب بالاحتباس، وهذا القول صريح فيما ذهب إليه فقهاء المذهب الحنفيّ، فإذا تحقق احتباس المرأة لمصلحة زوجها في بيته وجبت نفقتها، فالنّفقة عندهم جزاء الاحتباس.

والثاني أنها تجب في مقابل الاستمتاع، وهذا القول واضح في المذهب المالكيّ، ولهذا يشترط في الزّوج أن يكون بالغاً حد الجماع وفي الزوجة أن تكون ممن يمكن وطؤها وإن لم تكن بالغاً. فإذا استجابت لزوجها إذا دعاها للدخول أو دعته هي إليه وجبت نفقتها، فالنّفقة في المذهب المالكيّ عوض عن الاستمتاع.

والثالث أنها تجب في مقابل التمكين التام، بأن تخلي الزوجة بينها وبين زوجها ليستمتع بها في المكان الذي يكون فيه في بلدها أو في بلد آخر ينتقل إليه بشرط أمن الطريق، وهذا

(١) المحلى: ج٩/ ٢٤٩ رقم المسألة ١٩١٨ ونحوه في ج٩/ ١١٢-١١٣ رقم المسألة: ١٨٥٤.

(٢) المصدر نفسه: ج٩/ ١١٤.

القول واضح في المذهب الشافعيّ والحنبليّ، ولا يشترط فيهما أن يكون الزّوج كبيراً، فمهما حصل تمكين الزوجة زوجها من نفسها ثبت حقها في النّفقة ولو كان زوجها صغيراً، لأن العذر جاء من قبله. وقد صرح الماوردي بأن «النّفقة الزوجيّة تجب باجتماع العقد والتمكين»[١]. وسبق قول ابن قدامة إنها «عوض عن التمكين»[٢]. فمتى دعت الزوجة زوجها للدخول فامتنع؛ استحقت النّفقة لأن الامتناع جاء من قبله[٣].

والرابع أنها تجب بالعقد، وهذا قول ابن حزم، فعنده أن الزوجيّة إذا ثبتت وجبت نفقة الزوجة على زوجها.

هذا، وإن تنوعت الأقوال في المذاهب الفقهيّة في موجب النّفقة الزوجيّة فإنّها باستثناء المذهب الظاهري[٤] تتفق على سقوطها بنشوز الزوجة[٥]. ومن صورة المتفق عليها في هذه المذاهب؛ أن تخرج المرأة من بيتها بغير إذن زوجها. وهذا الحكم صريح من أقوال الأئمة الفقهاء[٦]، وهو قول ابن تيمية. فعنده المرأة «إذا لم تمكنه – يعني زوجها – من نفسها أو خرجت من داره بغير إذنه، فلا نفقة لها ولا كسوة، فحيث كانت ناشزاً عاصية له فيما يجب له عليها طاعته؛ لم يجب لها نفقة ولا كسوة»[٧]. ويستثنى من هذه الصورة – حسب ما ذكره ابن

(١) ينظر الحاوي الكبير: ج١١/ ٤٣٧.

(٢) ينظر المغني: ج٩/ ٢٤٠.

(٣) هذا ما قضى به القضاء في تونس في الحكم عدد ٣٠١، تاريخ ٣ فبراير ١٩٨٢. فقرر «اعتبار الزوجة غير المدخول بها مستحقة للنفقة بعد امتناع الزّوج من الاستجابة للبناء بها ومن تاريخه». نشر هذا القرار في المجلة العربيّة للفقة والقضاء: عدد ٢/ ٢٨٥.

(٤) ابن حزم لا يرى سقوط النّفقة بسبب نشوز الزوجة. وقد سبق ذكر قوله هنا.

(٥) النشوز في المذاهب الأربعة المذكورة يحصل بتقصير الزوجة في موجب النّفقة الزوجيّة وقد يكون كلياً أو جزئياً.

(٦) ينظر بدائع الصنائع: ج٤/ ٣٢ والمغني: ج٧/ ٦١١.

(٧) ينظر مجموعة الفتاوى: ج٣٤/ ٥٠.

عابدين من فقهاء الحنفيّة والسيوطي من الشّافعيّة -؛ خروجها لضرورة نحو خروجها لزيارة أبويها في كل جمعة بدون إذن زوجها إذا لم يقدرا على إتيانها، ولزيارة محارمها مرة في السُّنَّة بإذنه وبدون إذنه.

ثالثاً: مناقشة الفكرة على ضوء ما ذكر من أقوال الأئمة الفقهاء قديماً فيها:

سبق بيان ما ذهبت إليه قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة في مسألة خروج المرأة للعمل دون إذن زوجها، فثبت أن رأيها فيها يتوزع على ثلاثة أقوال أحدها أنها إذا خرجت بدون إذن زوجها تسقط نفقتها. والثاني أنها تسقط ما لم يكن زوجها متعسفاً في منعها من العمل، والثالث أنها لا تسقط إلا إذا تنافى عملها ومصلحة الأسرة. وفيما يلي مناقشة ما ذهبت إليه.

- أمّا القول الأوّل باقتضاء خروج المرأة من بيتها للعمل دون إذن زوجها سقوط نفقتها؛ وهو قول قانون الأحوال الشخصيّة المصري والسوري وقول الشّيخ عبد الوهاب خلاف وأبو زهرة؛ فإنّه يتفق وما أقرته المذاهب الفقهيّة الأربعة أن الأصل في خروج المرأة من بيتها أن تستأذن زوجها، فإذا هى خرجت دون إذنه تكون ناشزاً، والنشوز مسقط للنفقة. لأن خروجها من بيتها بغير إذن زوجها يعد تقصيراً منها في حق زوجها، يفوت به حقه عليها في التفرغ للحياة الزوجيّة.

وقد ورد التّصريح عند الحنفيّة والشّافعيّة بأن ليس للمرأة أن تعمل خارج بيتها. فنقل ابن عابدين عن المجتبي[1] أن الرّجل «لو تزوج من المحترفات التي تكون بالنهار في مصالحها وبالليل عنده فلا نفقة لها»[2]. وقال الماوردي: «لو رامت الزوجة أن تؤجر نفسها بعد التّزويج لم يجز لها، لأنّها قبل التّزويج مملوكة الاستخدام وهي بعد التّزويج مفوتة لحقها منه»[3].

---

(١) المجتبي كتاب في الفقة الحنفيّ لنجم الدّين مختار بن محمود الزاهدي، المتوفى سنة ٦٥٨هـ.

(٢) ينظر حاشية ابن عابدين: ج٥/ ٢٢٩.

(٣) الحاوي الكبير: ج١١/ ٤٤٦.

- وأما القول الثّاني الذي فيه أنّه تسقط نفقة المرأة إذا عملت خارج بيتها دون إذن زوجها ما لم يكن متعسفاً في منعها من العمل؛ فقد ورد النَّص عليه في الفقرة الثّالثة من المادّة السّابعة والخمسين من مشروع القانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة. وهذا القول في قسمه الأوّل يناسب القول في المذاهب الأربعة في المسألة، وهو أن خروج المرأة دون موافقة زوجها يقتضي سقوط نفقتها لأنّها تكون ناشزاً. ويؤكد هذا أنّه جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع المذكور النَّص على هذا[1]. وورد في القسم الثّاني منه زيادة تقييد الزّوج بأن لا يكون متعسفاً في منع زوجته من العمل. والأصل في هذا القيد - كما جاء في المذكرة الإيضاحية - هو ما جاء في «(فتح القدير) أن من حقها أن تخرج للفروض الكفائية بإذن وبغير إذن كما إذا كانت قابلة أو تغسل الموتى، لأن خروجها للفروض الكفائية خروج شرعيّ»[2].

وليس محل جدال أن بعض الأعمال التي تقوم بها المرأة هي من فروض الكفاية، ولكن فرضيتها لا تلغي استئذان زوجها في الخروج إليها، لأن من حسن تبعل المرأة لزوجها أن تستأذنه في الخروج لذلك وقد ثبت أن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم نهى الرّجال عن منع أزواجهن من الخروج إلى الصلاة في المساجد حين يستأذنهم لحضورها[3]، فسن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم الاستئذان ونهى عن المنع.

ثم إن القيام بما ذكر من الفروض الكفائية لا يخص طائفة من النّساء. ومعلوم أن خروجهن للقيام بها لا يكون في كل يوم بخلاف حال عمل النّساء اليوم فإنّه يأخذ نهارهن كله وذلك في كل يوم، فيكون قياس خروجهن للعمل - وهو يستغرق جل نهارهن - على

(١) ينظر المجلة العربيّة للفقه والقضاء: عدد ٢/ ٨٩.

(٢) المصدر نفسه: ع٢/ ٨٩.

(٣) صحيح البخاري: كتاب الجمعة، رقم الحديث؛ ٩٠٠. وصحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الصلاة، رقم الحديث؛ ٤٤٢.

خروجهن لفروض الكافية – كما نصّت عليه المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة – قياساً مع الفارق.

- وأما القول الثّالث الذي نصّت عليه المادّة التّاسعة والثمانون من قانون الكويت رقم ٥١ لسنه ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصيّة أنّه «لا يكون نشوزاً خروج الزوجة لما هو مشروع أو لعمل مُباح ما لم يكن عملها منافياً لمصلحة الأسرة»؛ فقد جاء في مذكرته الإيضاحية أن هذه المادّة صيغت بناءً على ما بينته الحنفيّة والشّافعيّة وعلى العُرف أن للزوجة الحق في الخروج لبعض حاجاتها وأنه «لوحظ فيها أنّه إذا طرأت أسباب تجعل استمرار عمل الزوجة منافياً مع مصلحة راجحة لجميع الأُسرة فإن خروج الزوجة للعمل في هذه الحالة يعتبر نشوزاً»[1]. ظاهر هذا القول أن خروج المرأة لعمل مُباح هو حق لها، حكمه حكم خروجها لما هو مشروع، فتخرج إليه ولو لم تستأذن زوجها ولا تكون ناشزاً. وهذا مبني على ما ذكره بعض الحنفيّة والشّافعيّة أن من حق المرأة أن تخرج من بيتها لبعض حاجاتها من غير إذن زوجها، وعلى العُرف. ويؤخذ منه أيضاً تخصيص حالة نشوز المرأة بما إذا صار عملها متعارضاً ومصلحة راجحة لجميع الأسرة.

وهذا القول يرد عليه ما يلي:

أ- قياسه خروج المرأة اليوم لعمل مُباح خارج بيتها على خروجها للقيام ببعض الأعمال التي أوضحها الحنفيّة والشّافعيّة كزيارة والديها هو قياس مع الفارق. ذلك أن خروج امرأة اليوم للعمل يستغرق نهارها وذلك في أغلب أيام الأسبوع بينما خروجها لما هو مشروع – كما ذكره الحنفيّة والشّافعيّة – لا يأخذ منها وقتاً طويلاً من يوم وليلة.

ب- ثم إن خروجها لعمل مُباح يكون برغبة مُلحة منها من أجل أجر مادي، بينما خروجها لما ذكره الفقهاء يكون اضطرارياً في الغالب، فالصورتان مختلفتان.

---

(١) ينظر قانون الأحوال الشخصيّة الكويتي: ١٩٦-١٩٧.

ج- إن الأصل عند الأئمة الفقهاء في خروج المرأة من بيتها أن تستأذن زوجها، فإذا خرجت بغير إذنه كانت ناشزاً. وما ذكروه من جواز خروجها لبعض الحاجات من غير إذنه فهو استثناء من هذا الأصل إذا غالب هذه الحاجات تكون طارئة[١] وتكون للضرورة. وليس يشبهها خروجها لعمل تقوم به لأنه خروج برغبة منها لا تملك في الغالب أن تتخلف عنه. ومن هنا كان بناءً حكم خروجها إليه على الاستثناء في خروجها الذي ذكر الحنفيّة والشّافعيّة بناءً في غير محله، إذ الاستثناء لا يُقاس عليه.

د- ورد في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون ذكر نشوز المرأة التي تعمل خارج بيتها، وصورته فيها أن يصير عملها متعارضاً ومصلحة راجحة لجميع الأُسرة وهذا الربط ب «مصلحة راجحة لجميع الأسرة» لم يقل به أحد من الفقهاء. ثم إن هذه الصورة المذكورة للنشوز تفيد بعبارة النَّص أنّه لا يعتبر خروج المرأة لعمل بغير إذن زوجها نشوزاً إلا إذا تعارض عملها ومصلحة راجحة للزوج مع الأبناء جميعاً. وهو ما يفهم منه أنّه إذا تعارض عملها مع مصلحة راجحة للأبناء وحدهم أو للزوج وحده فلا تعد ناشزاً. وهذا المعنى للنشوز ينفرد به قانون الكويت في شأن الأحوال الشخصيّة.

رابعاً: أصل استئذان المرأة زوجها للخروج من البيت في الشريعة الإسلاميّة:

الأصل في الاستئذان هو الكتاب والسُنة النبوية:

---

(١) يمكن أن نضرب مثلاً لدواعي خروج المرأة من بيتها عدم شرعيّة المسكن. وهو ما قضت به محكمة النقض السورية فقررت ما يلي:

أ- المبدأ: إن عدم شرعيّة المسكن لأي سبب كان الخروج منه للزوجة في أي وقت تشاء، ولو لم يثبت الطرد صدر هذا القرار عن محكمة النقض السورية رقم ١٥١/ ٨٤ وتاريخ ٢٩/ ١٢/ ٨٤. في العصبة ١٢٧ لعام ١٩٨٤ منشور المجلة العربيّة للفقه والقضاء: عدد ٣/ ٦٧.

ب- المبدأ: إن خلو المسكن من المطبخ والحمام والمرحاض يجعله غير شرعيّ لأن المرافق الضرورية لا بد منها. قرار غ ش م النقض السورية رقم ٧٣٦/ ١٩٨٥ تحت رقم ٨٣٣ وتاريخ ٧/ ١٢/ ١٩٨٥. نشر بالمجلة العربيّة للفقه والقضاء: ع ٥/ ١٠١.

١- فمن الكتاب عموم قوله تعالى: ﴿ الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاء بِمَا فَضَّلَ اللهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ ﴾[1] (النّساء ٣٤). فهذه الآية تفيد بعمومها قيام الرّجال على النّساء في كل شيء ما دامت الزوجيّة قائمة لأمرين، أحدهما: أن الله تعالى فضل الرّجال على النّساء وأمدهم بمقومات قوامتهم عليهن. والثاني: أن الله تعالى كلف الرّجال بالإنفاق على زوجاتهم. وعليه تكون القوامة مطردة بالأمرين معاً، ولا تسقط لعدم تحقق أحدهما في بعض النَّاس أو بمشاركة الزوجة في الإنفاق[2].

وبمقتضى هذه القوامة كان الرّجل مكلفاً بحماية دين المرأة وعرضها وبدنها ومالها[3] وهي تعينه على ذلك، فلا يصدر منها ما يعارض قوامته نحو خروجها بغير إذنه، فإن من قوامته عليها أن تستأذنه في خروجها من بيتها إذا كان خروجها غير اضطراري. وهو ما أخذه ابن حزم من هذه الآية. فعنده أن فيها بيان «أنه قائم عليها، يسكنها حيث يسكن، ويمنعها من الخروج إلى غير الواجب، ويرحل بها حيث يرحل»[4]. وأوضح الشّيخ محمّد عبده عند تفسيره لهذه الآية أن «كون الشخص قيماً على آخر، هو عبارة عن إرشاده والمراقبة عليه في تنفيذ ما يرشده إليه. أي ملاحظته في أعماله وتربيته،

---

(١) سورة النساء، الآية ٣٤.

(٢) يذهب بعض الدارسين إلى أن القوامة بالمعنى المذكور أخذه الفقهاء من التقاليد الموروثة حيث كان الإنفاق خاصاً بالزوج وحده، وهو ما تغير اليوم بخروج المرأة للعمل ومشاركتها في الإنفاق على الأسرة. ومن هنا دعوا إلى إلغاء قوامة الرّجل على زوجته، وإلى قيام الأُسرة على أساس المساواة بين الزّوجين (ينظر مثلاً كتاب تقسيم العمل بين الجنسين: ٣٧-٣٩).

وهذه الفكرة تنطلق من منطلق أن في قوامة الرّجل على المرأة احتقاراً لها، ترفعه بمشاركتها في النّفقة. وهذا خطأ لأن القوامة التي أعطاها الله للرجال ليست بسبب الإنفاق وحده فهذا جزء من العلة، ولكن أيضاً «بما فضل الله بعضهم على بعض».

(٣) يدل عليه قول رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: «كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته (...)» وقد سبق تخريجه.

(٤) ينظر المحلى: ج٩/ ١١٠ رقم؛ ١٨٥٣.

ومنها حفظ المنزل وعدم مفارقته ولو لنحو زيارة أولي القربى إلا في الأوقات والأحوال التي يأذن بها الرّجل ويرضى»[١].

٢- وفي السُّنَّة جاءت عدّة أحاديث فيها العمل باستئذان المرأة زوجها في الخروج من بيتها، منها:

أ- قوله صلّى الله عليه وسلّم: «إذا استأذنت المرأة أحدكم إلى المسجد فلا يمنعها»[٢]. ففيه أن المرأة لا تخرج من بيتها إلا بإذن زوجها، فإذا استأذنته في الخروج إلى الصلاة فلا يمنعها. هذا ما تعارف عليه الصحابة رضي الله عنهم. روى الإمام أحمد عن سالم عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: «كانت امرأة عمر بن الخطاب رضي الله عنه تصلي في المسجد، فقال لها: إنك تعلمين أني لا أحب، فقالت: والله لا أنتهي حتّى تنهاني. قال: فطعن عمر وإنها لفي المسجد»[٣].

ب- قوله صلّى الله عليه وسلّم: «ائذنوا للنساء بالليل إلى المساجد»[٤] . يؤخذ منه أن فيه إشارة إلى الإذن لهن في الخروج بالنهار إلى المساجد بطريق الأولى. قال ابن حجر: «قوله (بالليل)، فيه إشارة إلى أنهم ما كانوا يمنعونهن بالنهار»[٥]. وغني عن البيان أن نساء الصحابة كن يخرجن إلى المساجد غير متطيبات[٦].

---

(١) ينظر الأعمال الكاملة للشيخ محمّد عبده: ج٥/٢٠٨.

(٢) صحيح البخاري: كتاب النّكاح؛ رقم الحديث ٥٢٣٨. وصحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الصلاة؛ رقم الحديث ٤٤٢.

(٣) مسند الإمام أحمد: رقم الحديث ٤٥٠٨.

(٤) صحيح البخاري: كتاب الجمعة؛ رقم الحديث ٨٩٩. وصحيح مسلم بشرح النووي: كتاب الصلاة، رقم الحديث ٤٤٢.

(٥) فتح الباري عند شرح الحديث رقم ٨٩٩.

(٦) نهي رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أن تتطيب المرأة حين خروجها فقال: «إذا شهدت إحداكن العشاء فلا تطيب تلك الليلة». أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب الصلاة، رقم الحديث ٤٤٣.

ج- عموم قوله صلّى الله عليه وسلّم: «كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته (...) والرجل راع في أهل بيته، والمرأة راعية على بيت زوجها وولده، فكلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته»[١]. فإن فيه إسناد مسؤوليته رعاية الأُسرة إلى الزوج، ومسؤوليته رعاية البيت والولد إلى الزوجة؛ وهذا إجراء تنظيمي لحسن سير البيت. وهذه المسؤولية التي على عاتق الرّجال تجعلهم مؤتمنين على زوجاتهم، وتجعل النّساء مؤتمنات على بيوتهم. من أجل هذا جاء وصف رسول الله صلّى الله عليه وسلّم النّساء بأنهن أسيرات بيوت أزواجهن، وأوصى بتقوى الله فيهن[٢]. ففي هذا الحديث - كما قال ابن تيمية - بيان أن «المرأة عانية عند الرجل، والعاني الأسير، وأن الرّجل أخذها بأمانة الله، فهو مؤتمن عليها (...). فإذا كان الزّوج مؤتمناً عليها وله عليها ولاية؛ كان القول قوله فيما ائتمن عليه وولي عليه، كما يقبل قول الولي الإنفاق على اليتيم، وكما يقبل قول الوكيل والشريك المضارب والمساقي والمزارع فيما أنفقه على مال الشركة»[٣].

خامساً: خلاصة:

بعد عرض آراء الفقهاء المعاصرين في المسألة ومناقشتها على ضوء ما قاله الأئمة الفقهاء قديماً يمكن أن نخلص إلى أن من جعل منهم الحق للمرأة في الخروج للعمل من غير إذن زوجها؛ يكون قد شذ برأيه عن قول الأئمة الفقهاء قديماً. وقد ثبت بالنص أن على المرأة أن تستأذن زوجها في الخروج للصلاة فكان استئذانها إياه للخروج لغيرها أولى وأحرى. وعليه إذا عملت خارج بيتها دون إذنه كانت ناشزاً فيسقط حقها في النّفقة لعدم تفرغها للحياة الزوجيّة، وكذلك تكون ناشزاً في صورتين أخريين، إحداهما: أن تكون تعمل خارج بيتها قبل زواجها، ويكون زوجها قد اشترط عليها حين العقد أن تترك عملها من أجل أن تتفرغ

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) جاء هذا في خطبة الوداع «اتقوا الله في النّساء فإنهن عوان عندكم».

(٣) مجموعة الفتاوى: ج٣٤/ ٥٢-٥٣.

لبيتها، وهو قادر على نفقتها، ووافقت على شرطه، ثم لم تستجب لطلبه. والثانية أن يكون الزّوج وافق على عملها ثم طلب منها أن تتركه[١] لأمر معقول[٢] فلم تستجب لطلبه وهو قادر على نفقتها.

---

(١) قررت محكمة النقض السورية أنّه «لا مانع يمنع الزّوج من الرجوع عن الإذن لزوجته بالعمل خارج البيت نهاراً» قرار رقم ٢١١ بتاريخ ٢٣/ ٠٥/ ١٩٦٨ منقول من كتاب مدى حرية الزّوجين في توقيع الطّلاق، ج١/ ٣٦٤.

(٢) الاحتراز ب «أمر معقول» مما إذا تعسف زوجها في منعها وهو تقييد الشّيخ محمّد أبو زهرة. فإنّه كان يرى أن رضى الزّوج باحتراف زوجته في وقت ما «لا يمنع عدم رضاه في غيره». (ينظر محاضرات في عقد الزَّواج وآثاره: ١٣٠٢هـ).

ثم ظهر له من سوء تصرفات الأزواج في هذه المسألة ما دعاه إلى إعادة النّظر في رأيه بعدم اعتبار قول الزّوج وقال: «وإذا رضي الزّوج باحترافها ثم منعها فله الحق، ولكن ثبت أن بعض الأزواج يتخذ ذلك سبب سبباً لابتزاز مالها، فالقاضي في هذه الحالة يعتبر دعواه كيدية». (ينظر كتابه: تنظيم الإسلام للمجتمع). للمجتمع).

المبحث الثاني

حكم الشروط التي يفضي العمل بها إلى حرج

توطئه:

يعد الوفاء بالشرط من خصال الإيمان؛ فالمؤمن مأمور شرعاً بالالتزام بما وافق عليه من شروط زوجته. لكن قد يحصل مع الزمن ما يمنع استمرار الوفاء بها، ليس بسبب من الزّوجين أو أحدهما، ولكن لأمور خارجة عن إراداتهما. فهل يكون سبيل للتخلص من الشروط المقترنة بعقد النّكاح التي يقضي العمل بها إلى إعنات من يلتزمها؟

أولاً: آراء الفقهاء المعاصرين وأدلتهم في المسألة:

ذهبت بعض قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة إلى إعطاء المرأة حق طلب فسخ النّكاح إذا لم يوف لها زوجها بما اشترطته عليه[1]، فجاء في الفقرة الرّابعة من المادّة السّادسة من قانون الأحوال الشخصيّة العراقي أن «للزوجة طلب فسخ العقد[2] عند عدم إيفاء الزّوج بما اشترطت ضمن عقد الزّواج». ظاهر هذه الفقرة أن الشرط المقترن بعقد النّكاح مما تختص به المرأة فيكون لها طلب فسخه إذا لم يف زوجها بما اشترطته. وجاء في الفقرة (ج) من المادّة

---

(١) تخصيص قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة الزّوج بعدم الوفاء بشرط زوجته يجعل الاشتراط حقاً للزوجة وحدها، مع أن الزَّواج أيضاً يمكن أن يشترط عليها بعض الشروط، وربما تم النَّص على للزوجة حق طلب إنهاء الزوجيّة إذا لم يف زوجها بشرطها لأن الأصل في الفرقة أنها تكون بيد الزوج.

(٢) ورد التعبير هنا بفسخ العقد كما نصّت عليه قوانين الأحوال الشخصيّة المذكورة، وهو تعبير غير سليم لاختصاص الفسخ بالعقد الفاسد، وهنا يكون العقد صحيحاً وإنّما يخالف الزّوج ما اشترطت عليه زوجته فيقضي بحقها طلب الفرقة.

الأربعين من قانون الأحوال الشخصيّة الكويتي رقم ٥١ لسنه ١٩٨٤ أنه «إذا اقترن [عقد الزّواج] بشرط لا ينافي أصله ولا مقتضاه، وليس محرماً شرعاً؛ صح الشرط ووجب الوفاء به، فإن لم يوف به كان للمشروط له حق الفسخ». يتضح من هذه الفقرة أنّه لا يصح من الشروط إلا ما وافق أصل العقد ومقتضاه ولم يكن محرماً في الشرع. ويؤخذ من قولها «للمشروط له» أنّه يعم الرّجل والمرأة ويكون للمشروط له حق طلب الفسخ عند عدم وفاء الطرف الآخر بالشرط.

وخصت بعض قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة هنا بأن يلتزم الرّجل بعدم الزَّواج على امرأته، فجاء في الفقرة (ب) من الفصل الثلاثين من مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة المعدل في ١٠ شتنبر ١٩٩٣ أن «للزوجة أن تشترط على زوجها ألا يتزوج عليها، وإذا تزوج فأمرها بيدها». وهذه الفقرة - «من شأنها إذا ما طلبت بها المقبلات على الزَّواج أن تعطيهن حرية التصرُّف في حالة عدم وفاء الزّوج بالتزامه حيث سيصبح أمرهن بأيديهن»[١] وجاء في المادّة الثّانية والثلاثين من مشروع القانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة أنّه «يحق للمرأة أن تشترط في العقد ألا يتزوج عليها زوجها، فإذا تزوج عليها كان لها طلب فسخ زواجها». وهذه المادّة — حسب ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع — وردت «لتذكر ذوي الشأن أن في إمكانهم تلافي ما تخشاه المرأة المتزوجة غالباً أن يتزوج عليها زوجها»[٢].

وقد اعتمدت هذه القوانين في هذا الحكم على قول الحنابلة في المسألة، وهو الذي عبّر عنه ابن قدامة بقوله في حديثه عن القسم الأوّل من الشروط المقترنة بعقد النّكاح: «ما يلزمه الوفاء به وهو ما يعود إليه بالنفع وفائدته مثل أن يشترط لها أن لا يخرجها من دارها أو بلدها أو لا يسافر بها أو لا يتزوج عليها ولا تسري عليها فهذا يلزمه الوفاء لها به فإن لم يفعل فلها

---

(١) ينظر مقال «تنظيم تعدد الزّوجات ومجلس العائلة» للأستاذ عبد الهادي أبو طالب. نشرة في مجلة الأمن الوطني، عدد ١٧٩ سنه١٤١٥هـ.

(٢) ينظر المجلة العربيّة للفقه والقضاء: عدد ٢/ ٧٥.

فسخ النكاح»[١]. وتبعه في هذا الحكم ابن قيم الجوزية فذكر أن «الرجل إذا شرط لزوجته ألا يتزوج عليها لزمه الوفاء بالشرط، ومتى تزوج عليها فلها الفسخ»[٢].

وحجتهم في هذا الحكم قوله صلّى الله عليه وسلّم «أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج»[٣].

ثانياً: مناقشة الفكرة وما بنيت عليه من أدلة:

بالتأمل في الحكم الذي قررته قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة المذكورة وهو إعطاؤها الحق للزوجة في طلب الفرقة إذا أخل زوجها بالوفاء بشرطها؛ يمكن القول إن عقد الزَّواج الشرعيّ ينعقد على وجه الدوام وترتبط به الشروط التي اقترنت بانعقاده ما دامت الزوجيّة قائمة، لكن قد يحصل أن تتحول هذه الشروط – إذا ما استمر التزام الزّوج في الوفاء بها – إلى مشكلة تحرجه وترهقه بما تسببه له من ضرر يؤذيه نظراً لتغير الظروف التي كانت شجعته على الموافقة عليها أول مرة. والأمثلة على هذه الحالة كثيرة جداً منها اشتراط الزوجة عدم الانتقال مع زوجها من بلدها، فإن الزّوج يفي لها بشرطها لارتباط عمله بالمكان الذي تزوجها فيه. لكن قد يحصل ما يدعو الزّوج إلى الانتقال إلى مدينة أخرى للعمل بها، فهل يكون من العدل أن تستمر الزوجة في تمسكها بشرطها ومطالبتها بفسخ النكاح إذا انتقل الزّوج من بلدها اعتماداً على ما تقرّر في المذهب الحنبليّ في المسألة مع أنّه يمكن أن يكون قد مر على زواجهما مدّة طويلة أنجبا خلالها أبناء؟ ومثله اشتراط المرأة عدم الزَّواج عليها، فإن الرّجل يلتزم به حين العقد ثم يطرأ ما يدعوه إلى التزوج بامرأة غيرها.

والحديث الذي احتجوا به وهو قوله صلّى الله عليه وسلّم: «أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج» تعقب الاحتجاج به الزيلعي من الحنفيّة بأن «لا دليل فيه على مدعاهم

---

(١) ينظر المغني: ج٧/ ٤٤٨.

(٢) زاد المعاد: ج٥/ ١١٧.

(٣) سبق تخريجه.

لأنه صلّى الله عليه وسلّم جعله «أحق» أي بالإيفاء، فمن أين لهم الفسخ عند فواته»؟[1].

ثالثاً: الاقتراح:

يبدو أن هذه المسألة تحتاج إلى اجتهاد يبحث في حكم الشروط التي يؤول الوفاء بها مع الزمن إلى إرهاق من التزمها ويصير له فيها حرج. ونظراً لكون المفاسد التي تحصل بسبب تمسك الزّوجين بشروطه على – الرغم مما ينتج عنها من أضرار – صارت أكبر من المصالح؛ فإن الاجتهاد يكون مُلحاً من أجل العدل في سير الحياة الزوجيّة.

وقد ذكر الدكتور أحمد الخمليشي أن «الحل الذي يبدو أقرب إلى العدل هو أن الملتزم الذي أصبح الوفاء بالتزامه مرهقاً له؛ يسمح له برفع الأمر إلى المحكمة لتقرّر وجود أو عدم وجود مبرر للإعفاء الذي يطلبه أو تبحث عن حل وسط يقبله الطرفان»[2]. وهذا اقتراح سليم باعتبار القضاء هو الجهة المخول لها الفصل في المسألة المتنازع فيها. ويمكن أن يستدل عليه بما يلي:

١ - الأحاديث التي وردت في وضع الجوائح[3] عن المشتري، ومنها حديث عائشة رضي الله عنها قالت: «سمع رسول الله صلّى الله عليه وسلّم صوت خصوم بالباب عالية أصواتهما وإذا أحدهما يستوضع الآخر ويسترفقه في شيء وهو يقول: والله لا أفعل. فخرج رسول الله صلّى الله عليه وسلّم عليهما فقال: أين المتألي[4] على الله لا يفعل المعروف؟ فقال: أنا

---

(١) تبيين الحقائق: ج٢/ ١٤٩.

(٢) في كتابه وجهة نظر: ١٦٠.

(٣) جمع جائحة: وهي كما قال الإمام مالك: «التي توضع عن المشتري، الثلث فصاعداً، ولا يكون ما دون ذلك جائحة». (ينظر الموطأ: كتاب البيوع باب الجائحة في الثمار والزرع رقم ١٦. لكن علق أبو داود على التحديد بالثلث بأنّه «لم يصح عن النبي صلّى الله عليه وسلّم في الثلث شيء، وهو رأي أهل المدينة» سنن أبي داود كتاب البيوع رقم ٢٩٣٠.

(٤) المتألي: الحالف، وهو من الألية اليمين.

يا رسول الله فله أي ذلك أحب»[١]. وحديث عمرة بنت عبد الرحمن قالت: «ابتاع رجل ثمر حائط في زمان رسول الله صلّى الله عليه وسلّم فعالجه وقام فيه حتّى تبين لـه النقصان فسأل رب الحائط أن يضع له أو يقيله، فحلف أن لا يفعل، فذهبت أم المشتري إلى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم فذكرت له ذلك فقال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: تألى أن لا يفعل خيراً. فسمع بذلك رب الحائط فأتى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم فقال: يا رسول الله هو له»[٢].

ظاهر الحديث الأوّل عدم رضى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم عن المخاصمة بين المسلمين، فذم تمسك الغالب بقوله وإصراره على رفض الصلح مع غيره. والحديث الثّاني فيه أن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم كان الحكم فيما يقع بين المسلمين من مشاكل يعرضونها عليه، وفيه تشريع لوضع الحوائج باعتباره برهان فعل المعروف. قال ابن حجر: «وفي هذا الحديث الحض على الرفق بالغريم والإحسان إليه بالوضع عنه، والزجر عن الحلف على ترك فعل الخير»[٣].

والأحاديث في هذا الباب كثيرة منها حديث جابر أن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وضع الحوائج[٤]، وأيضاً حديثه أن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال: «لو بعت من أخيك ثمراً فأصبته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق»؟[٥]. ففيها حذر رسول الله صلّى الله عليه وسلّم البائع أن يمتنع عن رد ثمن ما أصابته الجائحة لصاحبه.

---

(١) صحيح البخاري كتاب الصلح باب هل يشير الإمام بالصلح رقم الحديث ٢٥٥٨.

(٢) الموطأ كتاب البيوع باب الجائحة في الثمار والزرع ونحوه في مسند الإمام أحمد: رقم الحديث ٢٣٨٨٤ و ٢٤٢٢١.

(٣) فتح الباري: عند شرح الحديث رقم ٢٥٥٨.

(٤) طرف من حديث في سنن أبي داود: كتاب البيوع رقم ٢٩٣٠ ومسند الإمام أحمد: ١٣٩٠٨.

(٥) صحيح مسلم بشرح النووي كتاب المساقات باب وضع الجوائح رقم الحديث ١٥٥٤ وسنن النسائي كتاب البيوع رقم الحديث ٤٥٢٧.

وهذا قول الإمام مالك فإنّه روى أنّه بلغه أن عمر بن عبد العزيز قضى بوضع الجوائح، ثم قال: «وعلى ذلك الأمر عندنا»[١].

وعلى ما ورد في هذه الأحاديث من سن وضع الحوائج يمكن أن نقيس الحكم بوضع أو تعديل العمل بالشروط المقترنة بعقد النّكاح التي انقلب الوفاء بها إلى ضرر. فإن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم بحضه على الرفق بالغريم بسبب ما ألم به من آفات؛ إنما سطر مبدأ في التعامل بين المسلمين في كل عقد ينجزونه بينهم فـ «الرفق لا يكون في شيء إلا زانه»[٢] وعليه ينبغي للزوجين أن يبحثا من الحلول عمّا يبقى المودة والرحمة بينهما.

٢-الشريعة الإسلاميّة تقصد إلى تحقيق العدل ومنع المظالم، وهو المقصد من بعثة الرسل لقوله تعالى: ﴿ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾[٣]. وليس هذا المقصد خاصاً بمجال دون غيره من مجالات الحياة، وإنّما هو في الحياة كلها، وقد أمر الله تعالى بالشورى لمنع الاستبداد بالرأي بقوله سبحانه: ﴿ وَشَاوِرْهُمْ فِي الأَمْرِ ﴾[٤] وفرض القصاص قطعاً لدابر الفساد في المجتمع فقال عزّ وجلّ: « وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَاْ أُولِيْ الأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾[٥] وأمر بالتعاون على الخير في قوله: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى الْبرِّ وَالتَّقْوَى وَلاَ تَعَاوَنُواْ عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ﴾[٦] ودعا إلى الإحسان إلى مجموعة من النّاس فقال: ﴿ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً وَبِذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَالْجَارِ ذِي

---

(١) الموطأ: كتاب البيوع باب الجائحة في بيع الثمار والزرع رقم ١٦.

(٢) طرف من حديث في صحيح مسلم بشرح النووي كتاب البر والصلة والآداب رقم الحديث ٢٥٩٤ وفي سنن أبي داود كتاب الجهاد رقم ٢١١٩.

(٣) سور الحديد، الآية ٢٥.

(٤) سور آل عمران، الآية ١٥٩.

(٥) سور البقرة، الآية ١٧٨.

(٦) سور المائدة، الآية ٣.

﴿الْقُرْبَى وَالْجَارِ الْجُنُبِ وَالصَّاحِبِ بِالجَنبِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾[١]. ونهى الأولياء عن عضل النّساء اللائي هن تحت ولايتهم أن يتزوجن فقال: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْاْ بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾[٢]، وحض الأزواج على معاشرة زوجاتهم بالمعروف فقال: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[٣]. ونهاهم سبحانه عن تجاوز حق التأديب المشروع عند النشوز في قوله: ﴿فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً﴾[٤]. وأيضاً نهاهم عن إمساكهن لغاية إلحاق الضرر بهن فقال: ﴿وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لَّتَعْتَدُواْ﴾[٥].

وشرع سبحانه وتعالى الشفعة والقسمة لرفع ضرر الشركة ونهى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم عن تلقي الركبان[٦] وعن الاحتكار فقال صلّى الله عليه وسلّم: «من احتكر طعاماً فهو خاطئ»[٧].

كل هذه النّصوص تدل على ما ينبغي أن تكون عليه معاملة المسلمين بعضهم مع بعض في علاقاتهم الزوجيّة والمادية، من أجل أن يعم العدل الأرض. و«من له ذوق في الشريعة وإطلاع على كمالاتها وأنها لغاية مصالح العباد في المعاش والعباد ومجيئها بغاية العدل الذي يفصل بين الخلائق، وأنه لا عدل فوق عدلها، ولا مصلحة فوق ما تتضمنه من المصالح؛ عرف أن السياسة العادلة جزء من أجزائها وفرع من فروعها»[٨].

---

(١) سور النّساء، الآية ٣٦.

(٢) سور البقرة، الآية ٢٣٠.

(٣) سور النّساء، الآية ١٩.

(٤) المصدر نفسه، الآية ٣٤.

(٥) سور البقرة، الآية ٢٢٩.

(٦) الحديث في صحيح البخاري كتاب البيوع باب النهي عن تلقي الركبان وأن بيعه مردود رقم الحديث ٢٠٤٣ وصحيح مسلم بشرح النووي كتاب البيوع رقم الحديث ١٥٢١.

(٧) صحيح مسلم بشرح النووي كتاب المساقاة رقم الحديث ١٦٠٥ ونحوه في المسند رقم ٤٤٠٣ بلفظ «من احتكر حكرة يريد أن يعلي بها على المسلمين فهو خاطئ».

(٨) ينظر الطرق الحكمية: ٣٥.

وبهذا يظهر أن الشريعة الإسلاميّة حضت على التعامل بالحسنى بين النَّاس ومنعت التظالم بينهم، ومتى طرأ ضرر في طريقهم عملوا جميعاً على رفعه ومنه الضرر الذي ينزل بأحد الزّوجين بسبب من الآخر، كالذي ينتج بسبب الوفاء بالشروط المقترنة بعقد النّكاح، فإن العدل يقتضي أن يفصل فيها القاضي بنقضها أو تعديلها.

٣- إن الغاية من الزَّواج هي اجتماع رجل وامرأة في علاقة شرعيّة تحفها المودة والرحمة، وتحيط بها السكينة حتّى يرتاح كل منهما للآخر، وهذه مسئووليتهما معاً. فإذا لم تتحقق فإنهما يبقيان مجتمعين على ما بينه الله في كتابه ورسوله محمّد صلّى الله عليه وسلّم في سنته، إذ الالتزام بالشرع في العلاقة الزوجيّة يضمن استمرارها.

وحين يكون الزّوج قد وافق على ما اشترطته عليه زوجته حين العقد ووفى لها به مدّة من الزمان من غير تضايق منه، ثم حصل له ما يمنع استمرار وفائه بها، والزوجة تعلم هذا؛ فإنّها حين تصر على تمسكها بشروطها تكون قد فتحت باباً لسوء التفاهم بينها وبينه، وبيدها سلاح المطالبة بالتفريق، وهو حل قد لا يكون دائماً في مصلحة المرأة. من أجل هذا شرع الله تعالى الصلح بين المتخاصمين وأمر بالتدخل – حين النشوز – للصلح بين الزّوجين، ومن الصلح في هذه المسألة أن يتراضيا على ما يرفع الضرر عن استقرار الحياة الزوجيّة.

المبحث الثالث

تعدد الزّوجات بين التقييد والمنع

توطئة:

لا نجد الفقهاء قديماً اختلفوا في مسألة تعدد الزوجات، وكان الرأي فيها يستند إلى ظاهر النّصوص الشرعيّة الواردة فيها. فهي تفيد أن الخوف من عدم العدل يُلزم الرّجل بالاكتفاء بالزّواج بامرأة واحدة. ولكن لما خضع العالم الإسلاميّ للاحتلال الأجنبي؛ ثار النقاش حول عدّة قضايا إسلامية منها قضية تعدد الزوجات. وكثرت الآراء بشأنها؛ فنجد من ينادي بتقييده بإذن القاضي ومن ينادي بمنعه، ومن يرى إبقاء العمل به من غير قيد إلا بما ورد النَّص عليه في الكتاب أو السُنة.

أولاً: آراء الفقهاء المعاصرين وأدلتهم في المسألة:

تنازع الفقهاء المعاصرون في مسألة تعدد الزّوجات على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنّه يجب تقييده بإذن القاضي[١] وهو ما أخذت به بعض قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة. جاء في المادّة السّابعة والثلاثين من قانون الأُسرة السوري أن «للقاضي أن لا يأذن للمتزوج بأن يتزوج على امرأته إذا تحقق أنّه غير قادر على نفقتها». ظاهر هذه المادّة أن الرّجل لا يملك أن يتزوج بأكثر من امرأة واحدة حتّى يأذن القاضي له، وأن المعتمد عند

(١) ذكر الشّيخ محمود شلتوت أنّه «لم يقف الأمر عند الكلام بل قامت حركات تطالب الحكومات بمنع التعدد أو تقييده. وكان من أبرزها الحركة التي قامت بها وزارة الشؤون الاجتماعيّة المصرية سنة ١٩٤٥ ووضعت مشروعاً يقضي بتقييد تعدد الزّوجات بإذن القاضي الشرعيّ» (ينظر الإسلام عقيدة وشريعة: ١٩٥).

القاضي في الإذن بالتعدد هو التحقق من أن الزّوج قادر على نفقة امرأة أخرى غير التي هو متزوج بها. فالمحدد إذن به أو منعه مادي. وقد وصف الدكتور مصطفى السباعي هذا الموقف الذي اتخذه قانون الأحوال الشخصيّة السوري بأنّه «أعدل المواقف وأحكمها، وقد وقف في ذلك موقفاً وسطاً بين المانعين (...) وبين المطلقين الذين يمنعون أي قيد فيه»[1]. وجاء في الفصل الواحد والأربعين من مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة المعدل في ١٠ شتنبر ١٩٩٣ ذكر المستندات التي تشترط لتوثيق عقد الزّواج، وورد في الفقرة الخامسة منه ذكر «نسخة من إذن القاضي بالتعدد لمن يريده». ويؤخذ من الفقرة الرّابعة من الفصل الثلاثين منها أن ما يعتمده القاضي في الإذن هو أمن الخوف من عدم العدل، فنصت على أنّه «في جميع الحالات إذا خيف عدم العدل بين الزّوجات لا يأذن القاضي بالتعدد». ونص قانون الأُسرة العراقي على أحكام التعدد في بعض الفقرات من المادّة الثّالثة وهي كما يلي:

٤- «ولا يجوز الزَّواج بأكثر من واحدة إلا بإذن القاضي. ويشترط لإعطاء الإذن تحقق الشرطين التاليين:

أ- أن تكون للزوج كفاية مالية لإعالة أكثر من زوجة واحدة.

ب- أن يكون هناك مصلحة مشروعة.

٥- إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، فلا يجوز التعدد ويترك تقدير ذلك للقاضي.

٦- كل من أجرى عقداً بالزّواج بأكثر من واحدة خلافاً لما ذكر في الفقرتين الرّابعة والخامسة، يعاقب بالحبس مدّة لا تزيد على سنة أو بالغرامة بما لا تزيد على مائة دينار أو بهما.

٧- استثناء من أحكام الفقرتين الرّابعة والخامسة من هذه المادّة يجوز الزَّواج بأكثر من واحدة إذا كان المراد الزَّواج بها أرملة».

ظاهر هذه الفقرات تقييد التعدد بإذن القاضي، واشترطت للحصول عليه وجود كفاية مالية عند الزّوج لإعالة أكثر من زوجة ووجود مصلحة مشروعة في التعدد. ومع توفر هذين

---

(١) ينظر المرأة بين الفقه والقانون: ١١٦.

الشرطين لا يعطي القاضي الإذن بالتعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، ورتبت على مخالفة هذه الأحكام عقوبة بالحبس أو الغرامة[١] اللهم إلا أن تكون المرأة المراد التزوج بها ثانية أرملة. وجاء في المادّة الثّالثة عشرة من قانون الأُسرة الليبي: رقم ١٠ لسنه ١٩٨٤ أنّه «يجوز للرجل أن يتزوج بزوجة أخرى بإذن تصدره المحكمة المختصة بعد التأكد من ظروفه الاجتماعيّة وقدرته المادية والصحية، كما يجوز للرجل المُطلق الزَّواج بعد إثبات طلاقه من زوجته الأولى وفقاً لأحكام هذا القانون». وجاء في المادّة الحادية والثلاثين من مشروع القانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة أنه:

«أ- يجوز الزَّواج في حدود أربع نسوة إلا إذا خيف عدم العدل.

ب- لا يعقد على زوجة أخرى إلا بإذن القاضي ويشترط لإعطاء الإذن تحقق الشروط التالية:

١- أن تكون هناك مصلحة مشروعة.

٢- أن تكون للزوج كفاية مالية لإعالة أكثر من زوجة.

٣- أن تشعر المرأة بأن مريد الزَّواج بها متزوج بغيرها.

٤- أن تخبر الزوجة بأن زوجها يرغب في الزَّواج عليها.

جـ- لا ينفذ الإذن إلا بعد صيرورته نهائياً».

---

(١) ينبغي التنبيه على أن وضع العقوبة هنا جاء جزاء مخالفة الإجراءات الموضوعية في شأن التعدد وليس على التعدد نفسه، قال الأستاذ محمّد شفيق العاني: «أما التّشريع العراقي فقد اتجه أنّه يجوز للسلطة الحاكمة أن تنظم أمور رعيتها، فجعلت جواز التعدد موقوفاً على إذن القاضي الذي يجب أن يتأكد من وجود مصلحة في ذلك، فإذا لم يأذن القاضي عوقب من أقدم على التعدد بأمر قانوني من السلطة الحاكمة. أمّا العقد فهو صحيح معتبر وتترتب عليه الآثار الشرعيّة التي تترتب على عقد الزَّواج الصّحيح». (ينظر أحكام الأحوال الشخصيّة في العراق: ٢٢).

ويراد بالمصلحة المشروعة في هذا المشروع – كما جاء في مذكرته الإيضاحية أن «يؤخذ بعين الاعتبار رغبة الرّجل في النسل إن كانت المرأة عقيماً، أو أن تصاب بمرض عُضال، أو زيادة عدد النّساء اللاتي في سن الزَّواج على عدد الرّجال»[١].

ونصت المادّة الحادية والثلاثون من وثيقة الكويت للأحوال الشخصيّة على أنه:

«أ- يجوز الجمع في حدود أربع نسوة إلا إذا خيف عدم العدل[٢].

ب- تشعر من يراد الزَّواج بها بأن خاطبها متزوج بغيرها».

هذا ما ورد في تقييد تعدد الزّوجات بإذن القاضي في قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة هاته، ويعد هذا التقييد ثمرة لدعوة الشّيخ محمّد عبده[٣]، فقد أوضح الشّيخ رشيد رضا أن

---

(١) ينظر المجلة العربيّة للفقه والقضاء: عدد٢/ ٧٤.

(٢) أوضح الأستاذ حماد العراقي أن «لجنة المدوّنة وإن وافقت على مبدأ التحديد، فإن بعض الأعضاء خالفوا في وضع التعدد بين يدي القضاء بدعوى أن الوسط المغربي ربما لا يفهم هذا التّشريع.
وقد اهتدى الأعضاء إلى وضع نصٍّ في هذا الموضوع مقتبس من الآية على طريق البناء للمجهول هو: إذا خيف عدم العدل بين الزّوجات لم يجز التعدد».(ينظر شرح قانون الزَّواج المغربي: ١٢٨ – ١٢٩).

(٣) اختلف الدارسون في تحديد موقف الشّيخ محمّد عبده من التعدد فبينما ذكر الأستاذ مصطفى السباعي أن الشّيخ محمّد عبده «لم يفصح رحمه الله عمّا يراه بخصوص هذا التّشريع؛ هل هو منع التعدد أو تقييده بقيود تقلل من وقوعه ومن أضراره؟» (ينظر المرأة بين الفقه والقانون: ١٠٧)؛ ذكر الدكتور محمّد الحبيب التجكاني أن الشّيخ محمّد عبده «يريد أن يصبح تعدد الزّوجات ممنوعاً في عالم الإسلام برغم القرآن أو موافقته. وقد مارس مهمته على مرحلتين؛ في المرحلة الأولى التوى على النّص القرآني وحاول تطويعه لما يريد (...)، وفي المرحلة الثّانية أعلن رأيه بمنع التعدد بناءً على غلبة المفسدة ودون استناد على نصٍّ من نصوص الوحي». (ينظر مجلة الميادين: ع٣/ ١٣٢). وذكر الدكتور عبد السلام محمّد شريف العالم أن «الإمام محمّد عبده ممن يرون عدم إباحة التعدد إلا إذا توافر شرط العدل والقدرة على النّفقة.(ينظر كتابه قانون الزَّواج والطّلاق:١١١).
لكنه من خلال قراءة مجموع أقوال الشّيخ في المسألة يظهر أنّه يرى منع تعدد الزّوجات إلا في حالة الضرورة القصوى حصرها في عقم الزوجة. وهو ما أكده الدكتور محمّد عمارة في كتابه الأعمال الكاملة للشيخ محمّد عبده: ج١/ ١٧٤).

الأستاذ الإمام حمل حملة منكرة شديدة على مفسدة التعدد ووصفه بأنّه «تعدد إفسادي يجب منعه»[١]. فكان أول من دعا في هذا العصر إلى إعادة التفكير في العمل به تحت ضغط الأفكار الدخيلة المشبوهة. وحمل فكرته من بعده عدد من الفقهاء[٢]. ومقترحه لتحقيق هذا هو «الحجر على الأزواج عموماً أن يتزوجوا غير واحدة إلا لضرورة تثبت لدى القاضي»[٣]. وهي محصورة عنده في حالة عقم الزوجة. صرح بهذا في قوله: «ليس من العدل أن يمنع رجل لم تأت زوجته منه بأولاد أن يتزوج أخرى ليأتي منها بذرية، فإن الغرض من الزَّواج التناسل. فإذا كانت الزوجة عاقراً فليس من الحق أن يمنع زوجها من أن يضم إليها أخرى»[٤].

وكذلك قيد الشّيخ أحمد مصطفى المراغي تعدد الزّوجات بضرورة تتعلّق بحاجة الزّوجين أو الأمة[٥]، لكنه لم يحصرها في حالة واحدة كما فعل الشّيخ محمّد عبده؛ بل توسع فيها لتشمل حالة عقم الزوجة ومرضها، وحالة يسر الزوج، وحالة حاجة الأمة إلى التكاثر. ومن جهة الدكتور السباعي فإنّه حصر تقييد التعدد بقيد واحد هو أن تكون للزوج القدرة المالية للإنفاق، وذلك في قوله: «أنا لا أدعو إلى أن يعدد كل متزوج الآن زوجاته؛ ولكنني أدعو إلى جعل مبدأ التعدد مسموحاً به من غير قيود ما عدا القدرة على الإنفاق»[٦]. ثم

---

(١) ينظر حقوق النّساء للشيخ رشيد رضا: ٦٧.

(٢) يدل على هذا قول الشّيخ محمّد أبو زهرة: «لما غزت مصر والشرق الأفكار الأوربية وهي لا تفهم التعدد في الزّواج؛ وجد في الشرقيين من اعتقد أن في إطلاق التعدد ظلماً للمرأة وهضماً لحقوقها» (...) ونادى بالتفكير في ذلك الأستاذ الإمام الشّيخ محمّد عبده في دروسه وبعض تقريراته. واستفاض بالحديث فيها في مجالسه حتّى أثمرت كلماته في بعض تلاميذه، وآتت الدّعوة أكلها فوجدت بعد نحو من عشرين سنة من وفاته مقترحات تتضمن تقييد تعدد الزَّواج قضائياً». (ينظر، محاضرات في عقد الزَّواج وآثاره: ١٣٦).

(٣) ينظر الأعمال الكاملة للشيخ محمّد عبده: ج٢/ ٩٥.

(٤) المصدر نفسه: ج٢/ ٩٥.

(٥) ينظر تفسير المراغي: ج٤/ ١٨٣.

(٦) المرأة بين الفقه والقانون: ١٢١.

توالدت النداءات[1] بمراقبة تعدد الزّوجات بواسطة القضاء.

هذه جملة من المواد القانونية وآراء بعض الفقهاء التي تذهب إلى تقييد التعدد بإسناد الترخيص به إلى القاضي على اختلاف بينها فيما يشترط في الحصول عليه. فبالنّسبة للقوانين نجد قانون الأُسرة السوري اشترط للحصول على إذن القاضي بالتعدد تحققه من قدرة الرّجل على نفقة زوجته الثّانية، ومدونه الأحوال الشخصيّة المغربيّة وكذا وثيقة الكويت للأحوال الشخصيّة ورد فيهما إذن القاضي بالتعدد مرتبطاً بأمن الخوف من عدم العدل، وقانون الأُسرة العراقي ومشروع القانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة اشترطا للحصول عليه توفر شرطين؛ أحدهما: قدرة الزّوج على إعالة أكثر من زوجة واحدة، والثاني: أن تكون هناك مصلحة مشروعة. وقانون الأُسرة الليبي اشترط التأكد من ظروف الزّوج الاجتماعيّة وقدرته المادية والصحية من أجل الإذن بالتعدد.

وبالنّسبة للأفراد فإن الشّيخ محمّد عبده حصر إمكانية حصول الزّوج على إذن القاضي بالتعدد في حالة واحدة هي كون الزوجة عاقراً، وأما الشّيخ المراغي فإنّه قيد الإذن به بأن

(١) حمل هذه الفكرة في المشرق والمغرب عدّة جهات نسوية وغير نسوية، حكومية وغير حكومية. منها ما دعت إلى تقييده كخطوه أولى نحو منعه، ومنها ما دعت إليه باعتبار ما يؤول إليه في الغالب من تعسف في حق النّساء. ففي مصر ذكر الشّيخ شلتوت أنّه «قامت حركات تطالب الحكومات بمنع التعدد أو بتقييده. وكان من أبرزها الحركة التي قامت بها وزارة الشؤون الاجتماعيّة المصرية سنة ١٩٤٥، ووضعت مشروعاً يقضي بتقييد تعدد الزّوجات بإذن القاضي الشرعيّ بعد الفحص والتحقيق من أن سلوك المتزوج الذي يريد أن يتزوج بأخرى وأحوال معيشته؛ يؤمن معها قيامه بحسن المعاشرة والإنفاق على أكثر ممن في عصمته، ومن تجب عليه نفقتهم من أصوله وفروعه». (ينظر الإسلام عقيدة وشريعة: ١٩٥). وذكر الدكتور محمّد مصطفى شلبي أنّه «عندما أعلن المشروع للناس؛ قامت عواصف نسائية وشبه نسائية تطالب بمنع تعدد الزّوجات أو تقييده على الأقل بإذن القاضي. ولم تنته المشكلة إلى حد حينذاك، حيث جاءت الحرب فأسكتت أصوات هؤلاء.ثم أثيرت المسألة مرة أخرى وأخذت دوراً كبيراً وألفت لجان لمناقشتها ولكنها وقفت مرة أخرى دون حل معين». (ينظر أحكام الأُسرة في الإسلام: ٢٤٥).
وفي المغرب دعا إلى تقييده من الباحثين الأستاذ محمّد ميكو بقوله:«ندعو إلى إسناد المراقبة إلى القضاء في سلطته الولائية». (ينظر مجلة المناهل: ع٤٣/ ٢٠٦).

تكون هناك ضرورة فردية أو جماعية. فأما الضرورة الفردية فتحصل إذا كانت الزوجة عاقراً أو بلغت سن اليأس والرجل في سعة مالية يرغب في الولد أو كانت زوجة واحدة لا تكفي في إحصانه. وأما الضرورة الجماعية فتظهر في كثرة النّساء في الأمة [١]. ومع حصول هذه الضرورات التي ذكرها الشيخان؛ أضافا قيداً آخر في الزّوج هو أن يكون واثقاً بما أوجب الله من العدل.

وبنى القائلون بتقييد تعدد الزّوجات بإذن القاضي قولهم على ما يلي:

١ - قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُواْ فِي الْيَتَامَى فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلاَّ تَعُولُواْ﴾[٢]. أخذ منه الشّيخ محمّد عبده أن «إباحة تعدد الزّوجات في الإسلام أمر مضيق فيه أشد التضييق»[٣]، وقال: «لو أن ناظراً في الآيتين أخذ منهما الحكم بتحريم الجمع بين الزّوجات لما كان حكمه هذا بعيداً عن معناهما، ولولا أن السُنة والعمل جاء بها يقتضي الإباحة في الجملة»[٤]. يظهر من قوله هذا أن ليس في هذه الآية عنده ما يدل على العمل بتعدد الزوجات، ويؤيد دعوته إلى التضييق عليه بما ذكره من مفاسد في واقعه فيقول: «فمن تأمل الآيتين علم أن إباحة تعدد الزّوجات في الإسلام أمر مضيق فيه أشد التضييق كأنه ضرورة من الضرورات التي تباح لمحتاجها بشرط الثقة بإقامة العدل والأمن من الجور. وإذا تأمل المتأمل مع هذا التضييق ما يترتب على التعدد في هذا الزمان من المفاسد جزم بأنّه لا يمكن لأحد أن يربي أمة فشا فيها تعدد الزّوجات (...) فمفسدة تعدد الزّوجات تنتقل من الأفراد إلى البيوت ومن البيوت إلى الأمة»[٥].

---

(١) ينظر تفسير المراغي: ج٤/ ١٨١-١٨٢.

(٢) سورة النساء، الآية ٣.

(٣) الأعمال الكاملة للشيخ محمّد عبده: ج٥/ ١٦٩.

(٤) المصدر نفسه: ج٢/ ٨٧-٨٨.

(٥) المصدر نفسه: ج٥/ ١٦٩-١٧٠.

وأيضاً أخذ من هذه الآية أنها تقيد إباحة التعدد بقيدين:

أحدهما: شرط العدل بين الزوجات، وقد أخذه من قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾. وذكر أن الله تعالى «علله بقوله ﴿ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴾؛ أي أقرب من عدم الجور والظلم، فجعل البعد من الجور سبباً في التّشريع. وهذا مؤكد لاشتراط العدل ووجوب تحريه ومنبه إلى أن العدل عزيز»[١]. وعنده أنّه لا يكفي في هذا الشرط أن يظن المرء أنّه سيعدل بين نسائه؛ وإنّما يشترط «التحقق من العدل»[٢]؛ بأن يتيقن من إقامته. فمن «بلغت ثقته من نفسه جداً لا يخاف معه أن يجور، وإذا أراد أن يتزوج أكثر من واحدة أُبيح له ذلك بينه وبين الله. ومن لم يصل إلى هذا الحد من الاقتدار والتحفظ من الجور حرم عليه أن يتزوج أكثر من واحدة»[٣]. وقد تبع الشّيخ محمّد عبده في هذا تلميذه رشيد رضا وكذلك الشّيخ أحمد مصطفى المراغي. فذكر الشّيخ رشيد رضا أنّه «لا يصح السكوت عنه (يعني عن التعدد) وترك النَّاس وشأنهم فيه على ما فيه من المفاسد، فلم يبق إلا أن يقلل العدد ويقبل بقيد ثقيل وهو اشتراط انتفاء الخوف من عدم العدل بين الزوجات، وهو شرط يعز تحققه»[٤]. وذكر الشّيخ المراغي في تفسير قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً ﴾: «أي ولكن إن خفتم ألا تعدلوا بين الزّوجين أو الزوجات؛ فعليكم أن تلزموا واحدة فقط. والخوف من عدم العدل يصدق بالظن أو الشك في ذلك. فالذي يباح له أن يتزوج ثانية أو أكثر هو من يثق من نفسه بالعدل ثقة لا شك فيها»[٥].

ظاهر هذه النّصوص أنّه يشترط التيقن من تحقيق العدل بين الزّوجات ولا يكتفي فيه بمجرد الظن.

---

(١) الأعمال الكاملة للشيخ محمّد عبده: ج٥/ ١٦٩.

(٢) المصدر نفسه: ج٢/ ٩٤.

(٣) المصدر نفسه: ج٢/ ٨٨.

(٤) ينظر حقوق النّساء للشيخ رشيد رضا: ٦٨.

(٥) ينظر تفسير المراغي: ج٢/ ١٨٠.

والقيد الثّاني: هو القدرة على الإنفاق، أخذه الشّيخ محمّد عبده من تفسير الإمام الشافعيّ لقوله تعالى: ﴿ ذَلِكَ أَدْنَى أَلاَّ تَعُولُواْ ﴾، إذ فسر قوله ﴿ أَلاَّ تَعُولُواْ ﴾؛ بـ «أن لا يكثر من تعولون»[١]. وهو ما رجحه الشّيخ رشيد رضا[٢]. وعليه يكون معنى الآية أن الأقرب إلى العدل أن لا يزيد الرّجل على امرأة واحدة فيكثر عياله ويعجز عن إعالتهم. قال الدكتور مصطفى السباعي: «ويستفاد أيضاً منه – يعني من قوله تعالى: ﴿ ذَلِكَ أَدْنَى أَلاَّ تَعُولُواْ ﴾ اشتراط العدالة، فإن الذي لا يستطيع الإنفاق على زوجتيه وعلى أولاده منهما؛ لا بد من أن ينفق على إحداهما دون الأخرى، فتنتفي بذلك العدالة المشروطة ديناً. ولا بد له من أن يهمل الإنفاق على بعض أولاده، وهذا تفريط يحال بينه وبين أسبابه»[٣].

ولئن كان شرط القدرة على الإنفاق يضمن حقوق النّساء فإن من جعلوه قيداً في الحصول على إذن القاضي بالتعدد؛ توسعوا فيه ليشمل بالإضافة إلى قدرة الزّوج على الإنفاق على أكثر من زوجة؛ قدرته على الإنفاق على من تجب نفقتهم من أصوله وفروعه[٤]، وهو ما استغربه الشّيخ شلتوت[٥].

٢- حق ولي الأمر في تقييد المباح بتقديم درء المفسدة على جلب المصلحة:

وصف الشّيخ محمّد عبده ما آل إليه التعدد في عصره بأنّه صار تعدداً إفسادياً من عدّة وجوه. أحدها أن الذي يحمل النَّاس على الجمع بين النّساء هو «قضاء شهوة فانية واستحصال لذة وقتية غير مبالين بما ينشأ عن ذلك من المفاسد ومخالفة الشّرع الشريف»[٦]. وقد أوضح

(١) ينظر الأم: ج٥/ ١١٤.

(٢) ينظر تفسير الآية في تفسير المنار لرشيد رضا.

(٣) المرأة بين الفقه والقانون: ١١٥.

(٤) ينظر محاضرات في عقد الزَّواج وآثاره:١٣٧.

(٥) ينظر الإسلام عقيدة: ١٩٦.

(٦) الأعمال الكاملة للشيخ محمّد عبده: ج٢/ ٨٠.

الشّيخ رشيد رضا أن «ما قال الأستاذ الإمام ما قاله في التشنيع على التعدد إلا لتنفير الذواقين من المصريين وأمثالهم الذين يتزوجون كثيراً ويطلقون كثيراً لمحض التنقل في اللذة والإغراق في طاعة الشهوة مع عدم التهذيب الديني والمدني»[١]. والوجه الثّاني أن النَّاس لا يحققون العدل بين الزوجات[٢]، إذ «غلب سوء معاملة الرّجال لزوجاتهم عند التعدد وحرمانهن من حقوقهن في النّفقة والراحة»[٣]. وبناء على هذا الوضع الذي صورة الشّيخ محمّد عبده أعلن أنّه «يجوز للحاكم وللقائم على الشّرع أن يمنع التعدد دفعاً للفساد الغالب»[٤]. والوجه الثّالث: أن العداوة تنشأ بين الزّوجات و«تنتقل بين كل ضرة إلى ولدها إلى والده إلى سائر أقاربه. فهي تغري بينهم العداوة والبغضاء؛ تغري ولدها بعداوة إخوته، وتغري زوجها بهضم حقوق ولده من غيرها. وهو بحماقته يطيع أحب نسائه إليه فيدب الفساد في العائلة كلها. ولو شئت تفصيل الرزايا والمصائب المتولدة من تعدد الزّوجات لأتيت بما تقشعر منه جلود المؤمنين. فمنها السرقة والزنى والكذب والخيانة والجبن والتزوير، بل منها القتل؛ حتّى قتل الولد والده، والوالد ولده، والزوجة زوجها، والزوج زوجته. كل ذلك واقع ثابت في المحاكم»[٥].

هذه هي مفاسد التعدد كما صورها الشّيخ محمّد عبده، فدعا العلماء في بلده خاصة إلى إعادة التفكير في حكمه، والحاكم إلى التدخل لدرئها بمنعه. بدعوى أنّه «لا سبيل إلى تربية الأمة مع فشو تعدد الزّوجات فيها. فيجب على العلماء النّظر في هذه المسألة، خصوصاً الحنفيّة منهم الذين بيدهم الأمر وعلى مذهبهم الحكم، فهم لا ينكرون أن الدّين أنزل لمصلحة النَّاس وغيرهم، وأن من أصوله منع الضرر والضرار. فإذا ترتب على شيء مفسدة في زمن لم تكن

---

(١) حقوق النّساء: ٧٩.

(٢) الأعمال الكاملة للشيخ محمّد عبده: ج٢/ ٩٤.

(٣) المصدر نفسه.

(٤) المصدر نفسه.

(٥) المصدر نفسه: ج٥/ ١٧٠ ونحوه في ج٢/ ٨٦.

تلحقه فيما قبله؛ فلا شك في وجوب تغير الحكم وتطبيقه على الحال الحاضرة. يعني على قاعدة درء المفاسد مقدم على جلب المصالح»[١].

وجاء من بعد الشّيخ محمّد عبده تلميذه الشّيخ رشيد رضا فتبعه في قوله في تعدد الزوجات. فذكر أن «منع تعدد الزّوجات إذا فشا ضرره وكثرت مفاسده وثبت عند أولي الأمر أن الجمهور لا يعدلون فيه في بعض البلاد لعدم الحاجة إليه بله الضرورة، فقد يمكن أن يوجد له وجه في الشريعة الإسلاميّة السمحة إذا كان هناك حكومة إسلامية. فإن للإمام أن يمنع المباح الذي يترتب عليه مفسدة ما دامت المفسدة قائمة به والمصلحة بخلافه»[٢]. وذكر الشّيخ المراغي أنّه «يجب على رجال القضاء والفتيا الذين يعلمون أن درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة وأن من أصول الدّين منع الضرر والضرار؛ أن ينظروا إلى علاج لهذه الحال ويضعوا من التّشريع ما يكفل منع هذه المفاسد على قدر المستطاع»[٣]. وهو يلمح بندائه هذا، إلى إقرار تقييد التعدد بإذن القاضي من أجل «رد النَّاس إلى نصوص الإسلام، فهذه القواعد الخاصة بالزّواج لا تخرج عن أن تكون من قبيل النهي عن المنكر، ومع التساهل نقول إنها جعلت لولي الأمر التدخل في منع بعض المباحات لمصلحة»[٤].

والقول الثّاني: أنّه يجب منع التعدد:

ذهبت بعض قوانين الأحوال الشخصيّة في العالم الإسلاميّ إلى منع تعدد الزّوجات وكان البدء من تركيا فإنّها الدّولة الأولى التي فرضت منعه. وإليها أشار الشّيخ شلتوت بقوله: «وهذه أمة شرقية مسلمة نشأت في أحضان الإسلام ثم تغلبت عليها نزعات الغرب ولوت وجهها عن الإسلام، واتخذت قانوناً مدنياً صدر بموجبه منع تعدد الزوجات. وكان

---

(١) الأعمال الكاملة للشيخ محمّد عبده: ج٥/ ١٧٠.

(٢) ينظر حقوق النّساء: ٧٨-٧٩.

(٣) ينظر تفسير المراغي: ج٢/ ١٨١.

(٤) ينظر بحوث في التّشريع الإسلاميّ للشيخ المراغي: ٥٠-٥٨.

ذلك سنة ١٩٢٦، ولكن لم تمض بعد ثمان سنوات حتّى هال أولياء الأمر فيها عدد الولادات السرية وعدد الزّوجات السرية العرفيّة وعدد وفيات الأطفال المكتومة»[١]. وتبعت القانون التركي في إقرار منعه مجلة الأحوال الشخصيّة التونسيّة، إذ جاء في المادّة الثّامنة عشرة منها أن «تعدد الزّوجات ممنوع. والتزوج بأكثر من واحدة يستوجب عقاباً بالسجن مدّة عام وبخطية قدرها ٤٠٠٠٠ ف أو بإحدي العقوبتين فقط». وقد استهجن هذا القرار الشّيخ محمّد أبو زهرة[٢].

وبالتتبع لما كتب في هذا الموضوع يظهر أن ما ذهبت إليه مجلة الأحوال الشخصيّة التونسيّة هنا هو ثمرة نداء ارتفع في هذا البلد في النّصف الأوّل من القرن العشرين[٣].

وممن دعا إلى منعه من الفقهاء المعاصرين الأستاذ علال الفاسيّ في غير موضع في كتبه التي تناول فيها المسألة. ومن أقواله فيها: «أرى أن تعدد الزّوجات يجب أن يمنع في العصر

---

(١) الإسلام عقيدة وشريعة: ٢٠٠-٢٠١.

(٢) علق الشّيخ أبو زهرة على قرار مجلة الأحوال الشخصيّة التونسيّة بقوله: «لم نعنِ في بيان أحكام الزَّواج في الإسلام ببيان القانون التونسي أو ما سموه المجلة التونسيّة، لأن هذا القانون عد تعدد الزّوجات جريمة ووضع لها عقاباً بالحبس مع الحكم ببطلان الزَّواج الثّاني». (ينظر محاضرات في عقد الزَّواج وآثاره: ٩).

(٣) يعد التونسي الطّاهر الحداد من أبرز الدعاة إلى منع التعدد في تونس في النّصف الأوّل من القرن العشرين، ومن تصريحاته في هذا الشأن قوله: «فإذا كنا نريد حقيقة طهارة المرأة ونطلبها طلباً صادقاً ومنتجاً فلنقاوم فجور الرّجل فنتجنب حوادث الغيرة التي ينكسر بها قلب المرأة بتجنب الزنى واللواط وتعدد الزوجات». فعنده أن تعدد الزّوجات أثر من آثار الجاهلية التي وجدها الإسلام فأصلحها باعتماد سياسة التدرج من الزَّواج بعدد غير محدود من النّساء إلى حصر عددهن في أربعة مع اشتراط العدل بينهن. وأبقى المجال للمسلمين كي يتمم هذا التّشريع بمنع التعدد، قال: «يجب أن نعتبر الفرق الكبير البين بين ما أتى به الإسلام وجاء من أجله (...) وبين ما وجده من الأحوال العارضة البشريّة والنفسيات الراسخة في الجاهلية ودون أن تكون غرضاً من أغراضه، فما يضع لها من الأحكام إقراراً لها أو تحديداً فيها باق ما بقيت هي، فإذا ما ذهبت أحكامها معها، وليس في ذهابها جميعاً ما يضير الإسلام وذلك كمسائل العبيد والإماء وتعدد الزّوجات ونحوهما مما لا يمكن اعتباره حتّى كجزء من الإسلام». (ينظر كتابه: امرأتنا في الشريعة والمجتمع ٢٣).

الحاضر منعاً باتاً عن طريق الحكومة»[١]. وقال: «وقد أخذنا مبدأ توقيف العمل بتعدد الزّوجات في العصر الحاضر»[٢]. ثم حمل مشعل الدّعوة إلى منعه بالمغرب جمعيات نسوية ومؤسسات[٣].

ومما بنى عليه أصحاب هذا القول قولهم بمنع تعدد الزّوجات – كل على حدة – نذكر ما يلي:

- **تعذر العدل بين الزوجات:**

جاء في أحد شروح مجلة الأحوال الشخصيّة التونسيّة أن المادّة الثّامنة عشرة التي فيها النَّص على منع تعدد الزّوجات جاءت «اعتماداً على ما ثبت طيلة القرون الماضية من عدم إمكان العدل بين النّساء، وجاء في قوله تعالى ما يؤيد عدم إمكان العدل إذ يقول جل من قائل: ﴿ وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاء وَلَوْ حَرَصْتُمْ ﴾.(..)»[٤].

وبنى الأستاذ علال القاسي دعوته على عدّة أمور منها:

- اعتباره أن قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ هو «إرشاد للمسلمين ليمنعوا من تعدد النّساء إذا رأوا من الأسباب مثل ما رآه القرآن في حصر العدد في أربعة»[٥]. فهو يرى أن الإسلام حصر عدد الزّوجات في أربعة بسبب ما كان يمارسه

---

(١) النقد الذاتي: ٢٩١.

(٢) التقريب شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة: ١٧٧.

(٣) من الجمعيات النسوية اتحاد العمل النسائي بالمغرب فإنّه دعا إلى منعه في جريدته ٨مارس عدد ٥٧ سنة ١٩٩٢. ومن المؤسسات بالمغرب أيضاً كتابة الدّولة المكلّفة بالرعاية الاجتماعيّة والأسرة والطفولة التابعة لوزارة التنمية الاجتماعيّة والتضامن والتشغيل والتكوين المهني في مشروع خطة العمل الوطنية لإدماج المرأة في التنمية صفحة ١٢٩. حيث جاء فيه أن مؤسسة تعدد الزّوجات تشكل تهديداً للاستقرار الأسريّ.

(٤) ينظر مجلة الأحوال الشخصيّة التونسيّة: ٢٢ هامش ١.

(٥) ينظر مقاصد الشريعة ومكارمها للأستاذ علال الفاسي: ١٦٤.

الأوصياء على زوجاتهم اليتيمات من اغتصاب أموالهن، فأرشد المسلمين في كل زمان إلى منع التعدد إذا وقع جور على النّساء أو على المجتمع كالذي كان يقع على اليتيمات. ويؤكد هذا بقوله: «حينما قال سبحانه: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾؛ أرشدنا إلى التبصر في كل وقت بما يناسبه، فإن كان التعدد إلى أربع غير مُضر بالدين ولا المجتمع الإسلاميّ أقررناه وإلا أوقفنا العمل به دفعاً للضرر العام، ويبقى الحكم دائراً مع وجود العدل في المجتمع أو عدم وجوده»[1]. وأوضح أنّه أخذ «مبدأ توقيف العمل بتعدد الزّوجات في العصر الحاضر بناءً على أن الأمر الوارد في القرآن يشتمل على أمر إرشاد للمسلمين أن يواصلوا ما بدأه الشّرع من تقييد التعدد كلما خافوا عدم العدل»[2].

- حمله كلمة العدل في قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً ﴾ على العدل العام في المجتمع، حيث يندفع الضرر عن المرأة المتزوجة وغير المتزوجة ويسود علاقة الرّجال بالنّساء في المجتمع كله لا في الأُسرة فقط. ولم يحمله على العدل في القسم بين الزّوجات وعلى الإنصاف في معاملتهن. فخالف بهذا ما سار عليه المفسرون أن العدل في الآية يختص بالقسم بين الزّوجات فقال: «ولم نحمل العدل المذكور في الآية على العدل في القسم بين الزّوجات كما حمله عامّة الفقهاء (...) وإنّما حملناه على العدل العام، وهو ما يدفع الأضرار بالطائفة الإسلاميّة»[3].

وأورد الأستاذ علال الفاسيّ من الواقع الذي عاش فيه ما يؤكد انعدام هذا الشرط بسبب عبث أغلبية الرّجال باستعمال فكرة التعدد وما أصبح ينتج عنه من مفاسد تلحق الأُسرة والمجتمع والإسلام نفسه. فلم ير من سبيل للإصلاح إلا دعوته الحكومة إلى منع التعدد منعاً باتاً قال: «إن كل سبب من هذه الأسباب يوازي السبب الصريح المذكور في

(١) ينظر مقاصد الشريعة ومكارمها للأستاذ علال الفاسي: ١٧٩.

(٢) المصدر نفسه: ١٦٤.

(٣) المصدر نفسه.

القرآن وهو الخوف من أكل أموال اليتامى؛ فإذا كان التعدد ممنوعاً خوفاً من أن يؤدي إلى غصب حق اليتيم؛ فأحر به أن يكون ممنوعاً إذا كان يؤدي لغصب أولاد الصلب نفسه حقهم، أو إلى إزالة المودة التي وضعها الله رحمة للعائلة ورابطة بين الأب وابنه وأقرب النَّاس إليه. ولذلك أرى أن تعدد الزّوجات يجب أن يمنع في العصر الحاضر منعاً باتاً عن طريق الحكومة»[1].

والقول الثّالث: إسناد أمر التعدد إلى من يرغب فيه:

تركت بعض قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة مسألة الإقدام على التعدد أو الاكتفاء بالزّواج بواحدة إلى الرجل، وبهذا الرأى صرح الفقهاء المعاصرين. فجاء في المادّة الحادية عشرة مكررة من قانون الأحوال الشخصيّة المصرى المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أن «على الزّوج أن يقر في وثيقة الزَّواج بحالته الاجتماعيّة، فإذا كان متزوجاً؛ فعليه أن يبين في الإقرار اسم الزوجة أو الزّوجات اللائى في عصمته ومحال إقامتهن. وعلى الموثق إخطارهن بالزّواج الجديد بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول». فهذه المادّة تلزم من يرغب في الزَّواج بأكثر من واحدة بأن يبين المعلومات عن حالته الاجتماعيّة لمعرفة ما إن كان سيتزوج لأول مرة أو سبق له أن تزوج، وبأن يذكر اسم زوجته أو زوجاته ومحال إقامتهن عند العقد ، مما يدل على أن القانون لا يقيد ولا يمنع تعدد الزوجات. والغرض من هذا الإجراء إخبار الزوجة السابقة بالزّواج الجديد. ونص قانون الأُسرة الأردني في المادّة الثّامنة والعشرين على أنّه «يحرم على كل من له أربع زوجات أو معتدات أن يعقد زواجه على امرأة أخرى قبل أن يطلق إحداهن وتنقضي عدتها». فهذه المادّة واضحة الدّلالة في إقرار العمل بتعدد الزّوجات في حدود العدد المسموح به شرعاً. وأوضح الدكتور محمّد مصطفى شلبى أنّه «ليس في [لبنان] قانون يمنع تعدد الزّوجات أو يقيده بالنّسبة للمسلمين السنيين والجعفريين»[2].

---

(١) النقد الذاتي: ٢٩١.

(٢) ينظر أحكام الأُسرة في الإسلام: ٢٤٥.

وممن ذهب إلى هذا الحكم من الفقهاء المعاصرين الشّيخ محمّد المهدي الوزاني ومحمود شلتوت ومحمّد أبو زهرة ومحمّد الطّاهر ابن عاشور ويوسف القرضاوي وعبد الله كنون[١] وعبد الله بن زيد آل محمود، كلهم قالوا بإباحة التعدد لمن لم يخف عدم العدل.

فقد أجاب المهدي الوزاني عن سؤال: هل الأفضل تعدد الزّوجات أو الاقتصار على واحدة؟ بقوله: «إن تعدد الزّوجات أفضل من واحدة حسبما دل على ذلك الكتاب والقياس والسُّنَّة»[٢]. ودافع الشّيخ شلتوت عن نظام تعدد الزّوجات ودعا البلاد الغربيّة إلى إباحته لعلاج مشاكلها الاجتماعيّة واقترح« وضع تشريع عكسي في تعدد الزّوجات أقل درجاته مساعدة الذين يتزوجون بأكثر من واحدة»[٣]. والشّيخ محمّد أبو زهرة وإن كان يفضل الاكتفاء بزوجة واحدة؛ فإنّه يرى ضرورة الاستمرار في العمل بتعدد الزّوجات لما يحققه من مصالح ويدفع من مفاسد، ولم يخف قوله بأن «الاقتصار على واحدة هو – بلا ريب – الزَّواج الأمثل في الجملة، وهو البعيد عن نطاق الظلم؛ ولكن لا يرضى به إلا أمثل الرجال، فهل النَّاس جميعاً على هذا الطراز؟ وإننا لو أغلقنا على ذي الشهوات الحادة باب الزَّواج لفتح لنفسه باب الفساد (...)، ولو خيرنا بين زواج معيب والزنى؛ لاخترنا الأوّل إن كنا نسير على هدى العقل ونوره»[٤]. ومن هنا خلص إلى القول بأن «تقييد التعدد ضار بالمرأة أبلغ الضرر»[٥]. وعند الشّيخ محمّد الطّاهر بن عاشور أن الله تعالى شرع التعدد للقادر على العدل وأورد اسم العدد مثنى وثلاث ورباع لقصد التوزيع «باعتبار اختلاف المخاطبين في السعة

---

(١) هو الشّيخ عبد الله كنون الحسني؛ أحد علماء المغاربة المشهورين في هذا العصر. ولد بفاس سنة ١٣٢٦هـ الموافق لسنة ١٩٠٨، تولى رئاسة رابطة علماء المغرب إلى أن توفى سنة ١٤٠٩م، ترجمته في تتمة الإعلام لمحمد خير رمضان يوسف: ٣٣٥.

(٢) النوازل الصغرى: ج ٢/ ١٩.

(٣) ينظر الإسلام عقيدة وشريعة ٢٠٢.

(٤) ينظر محاضرات في عقد الزَّواج وآثاره: ١٣٥.

(٥) ينظر تنظيم الإسلام للمجتمع: ٧٧.

والطول. منهم فريق يستطيع أن يتزوج اثنتين فهؤلاء تكون أزواجهم اثنتين اثنتين وهلم جرا»[١]. وأوضح الشّيخ عبد الله كنون أن السر في تعدد الزّوجات في الإسلام هو «المحافظة على كرامة المرأة وطهارة المجتمع (...)، وهو حل في صالح المرأة قبل أن يكون في صالح الرجل. والمرأة التي تأباه امرأة أنانية لا تنظر إلى مصلحة جنسها وإنّما تنظر لمصلحتها الخاصة»[٢]. وذكر الشّيخ الدكتور يوسف القرضاوي أن «كل ما أباحته الشريعة فلا بد أن تكون منفعته خالصة أو راجحة، وكل ما حرمته الشريعة فلا بد أن تكون مضرته خالصة أو راجحة (...)، وهذا هو ما راعته الشريعة في تعدد الزوجات، فقد وازنت بين الصالح والفاسد والنافع والضار ثم أذنت به لمن يحتاج إليه ويقدر عليه بشرط أن يكون واثقاً من نفسه برعايته العدل، غير خائف عليها من الجور والميل «فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة»[٣].

واحتجّ أصحاب هذا القول بالكتاب والسُّنَّة:

- أمّا ما احتجوا به من الكتاب فقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُواْ فِي الْيَتَامَى فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً ﴾[٤]. قال الشّيخ محمّد المهدي الوزاني: «فقوله تعالى: ﴿ فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ ﴾، (...) فيه تفصيل المتعدد على الواحدة لأن الواحدة لم تذكر من النوع الطيب فتكون من غير الطيب، فيفهم من الآية ترجيح المتعدد على الواحدة قطعاً (...)، وأيضاً قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً ﴾ يفيد ترجيح التعدد لأن الاكتفاء بالواحدة إنما جعل مع خوف عد العدل، فمفهوم الآية إن لم تخافوا عدم العدل بل تحققتم من أنفسكم العدل؛ فلا تكتفوا بالواحدة، بل انكحوا ﴿ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ ﴾. فالحاصل أن

---

(١) ينظر التحرير والتنوير: ج ٤/ ٢٢٥.

(٢) منطلقات إسلامية للشيخ عبد الله كنون: ٣٢.

(٣) الاجتهاد في الشريعة الإسلاميّة: ١٦٥.

(٤) سورة النّساء، الآية ٣.

من خاف عدم العدل فليكتف بواحدة، ومن لا يخاف ذلك فلا يكتفى بها، بل يطلبه بالزيادة عليها ندبا لقوله تعالى: ﴿ فَانكِحُواْ ﴾»[١].

وعند هؤلاء الفقهاء أن العدل المطلوب في التعدد هو الإنصاف في القسم بين الزّوجات فيما يملكه الزوج. وهو المعنى المأثور عن سلف الأمة فمن آنس من نفسه القدرة عليه فله أن يتزوج من النّساء مثنى وثلاث ورباع. وأما العدل المنفي في قوله تعالى: ﴿ وَلَن تَسْتَطِيعُواْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ النِّسَاء وَلَوْ حَرَصْتُمْ ﴾ ؛ فالمراد به العدل في المحبة فهذا لا يملك ضبطه أحد. قال الشّيخ شلتوت: «لما قيل في الآية الأولى: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُواْ ﴾؛ فهم منه أن العدل بين الزّوجات واجب، وتبادر إلى النفوس أن العدل بإطلاقه يتصرف إلى معناه الكامل الذي لا يتحقق إلا بالمساواة في كل شيء، فتحرج بذلك المؤمنون (...) فجاءت الآية ترشد إلى العدل المطلوب في الآية الأولى، وترفع عن كواهلهم هذا الحرج الذي تصوروه من كلمة «فإن خفتم ألا تعدلوا». وكأنه قيل لهم: العدل المطلوب ليس هو ما تصورتم فضاقت به صدوركم وبه تحرجتم من تعدد الزّوجات الذي أباحه الله لكم، ووسع به عليكم، وإنّما هو ألا تميلوا إلى إحداهن كل الميل فتذروا الأخرى كالمعلقة[٢].

ثانياً: المناقشة:

١. مناقشة فكرة تقييد تعدد الزّوجات وما انبنت عليه من أدلة:

أ- مناقشة فكرة تقييد تعدد الزوجات:

من خلال تتبع ما قاله الذين دعوا إلى تقييد التعدد بإذن القاضي يمكن أن نلحظ ما يلى:

- بعد الذين دعوا إلى تقييد تعدد الزّوجات نظروا إليه نظرة استهجان؛ فالشيخ محمّد عبده رأى فيه «احتقار شديدا للمرأة»[٣] والشّيخ أحمد مصطفى المراغي رأى أنّه «يخالف

---

(١) النوازل الصغرى: ج٢/ ١٩.

(٢) الإسلام عقيدة وشريعة: ١٩٠.

(٣) ينظر الأعمال الكاملة للشيخ محمّد عبده: ج٢/ ٨٥.

المودة والرحمة وسكون النفس إلى المرأة»[١].

ويبدو أن الشّيخ محمّد عبده انطلق في قوله هذا مما عاينه من مشاكل تقع في البيوت التي فيها أكثر من زوجة، فظهر له أن سببها هو تعدد الزوجات، وأغمض عينيه عن محاسنه ولم ير فيه إلا المساوئ. ومن ثم دعا إلى تقييده بما يشبه المنع.

وانطلق الشّيخ المراغي في قوله بتقييده من كون «الأصل في السعادة الزوجيّة هو الزَّواج بامرأة واحدة»[٢]. وظاهره أن البيوت التي فيها زوجة واحدة تخلو من المشاكل وهذا غير مطرد، لأن المشاكل تقع أيضاً في البيت الذي فيه زوجة واحدة[٣].

- إن ما يكشفه تتبع الأقوال في هذا العصر في مسألة تعدد الزّوجات هو أن الدّعوة إلى تقييده بدأت المناداة بها استجابة لضغط الفكر الغربي على الإسلام في نهاية القرن التّاسع عشر الميلادي وبداية القرن العشرين. فهذه الفترة اشتدت فيها سهام الغربيين على الإسلام، وحظيت مسالة المرأة وأحكام الأُسرة بالنصيب الأكبر منها. فأثاروا حولها الشبهات فنهض الشّيخ محمّد عبده للدفاع عن دينه فاستنكر تصرفات المسلمين في عصره في شأن التعدد، وأراد رد الشبهات عنه باقتراح تقييده، وإلى هذا يشير الشّيخ شلتوت بقوله: «تعدد الزّوجات إحدى المسائل التي كان لصوت الغرب المتعصب ودعايته المسمومة أثر في توجه الأفكار إلى

---

(١) ينظر تفسير المراغي: ج ٤/ ١٨٣.

(٢) ينظر المراجع نفسه: ج ٤/ ١٨١- ١٨٢.

(٣) هذا ما يؤكده الشّيخ محمّد عبده في وصفه حال العائلة في عصره بقوله: «نرى فيها الزّوجين أو أحدهما أبعد النَّاس عن الأخر. ولو لم يكن إلا هذا البعد لخلف احتماله، ولكن لما كان في طبيعة الإنسان أن يجرى وراء سعادته؛ كان كل من الزّوجين يعتقد أن صاحبه هو الحجاب الحائل بينه وبينها، ومن هذا الاعتقاد يتكون في المنزل جو مشحون بالغيام والكهرباء يعيش فيه كل منهما وقلبه ملآن بعيوب الآخر. وتبدو فيه المناقشات والمخاصمات في كل أن بسبب وبغير سبب في الصباح والمساء حتّى في الفراش». (ينظر الأعمال الكاملة للشيخ محمّد عبده: ج ٢/ ٧٦).

نقدها حتّى حاول فريق من أبناء المسلمين في فترات متعاقبة – ولا يزالون يحاولون – وضع تشريع لها يقيد من إطلاقها بما لم يقيده الله به»[١].

ومن هنا يمكن القول إن تقنين تقييد تعدد الزّوجات في أغلب قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة هو ثمرة دعوة الشّيخ محمّد عبده في المسألة. وقد أوضح الشّيخ أبو زهرة أنّه «وجدت بعد نحو عشرين سنة من وفاته مقترحات تتضمن تقييد تعدد الزَّواج قضائياً»[٢].

ب- مناقشة فكرة تقييد التعدد من حيث ما انبنت عليه من أدلة:

- أمّا احتجاج الفريق الذين يدعون إلى تقييد التعدد بقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً ﴾ للدّلالة على اشتراط التقين من العدل بين الزوجات، وأن من يظن أو يشك أو يتوهم أنّه يخاف من عدم العدل بينهن فلا يحق له في التعدد؛ فقد سبقهم إلى القول به أبو عبيد[٣] نقل قوله ابن عطية في تفسيره عند تفسير قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُواْ فِي الْيَتَامَى ﴾، فقال: «وقال أبو عبيد: «خفتم هنا بمعنى أيقنتم، لقول الشاعر دريد بن الصمة في الشطر الثاني من بيت شعري له:

// فقلت لهم خافوا بألفى مدجج.

ثم تعقبه بقوله: «وما قاله غير صحيح، ولا يكون الخوف بمعنى اليقين بوجه، وإنّما هو من أفعال التوقع إلا أنّه قد يميل الظن فيه إلى إحدى الجهتين، وأما أن يصل إلى حد اليقين فلا»[٤]. وكذلك رده الدكتور أحمد الريسوني فنفى أن يكون الخوف الوارد في الآية والذى

---

(١) الإسلام عقيدة وشريعة: ١٨٥.

(٢) ينظر محاضرات في عقد الزَّواج وآثاره: ١٣٦ ونحوه في تنظيم الإسلام للمجتمع: ٧٦.

(٣) هو أبو عبيد القاسم بن سلام البغدادى، وصفه ابن حجر بأنّه فاضل، توفى سنة أربع وعشرين ومائتين، ترجمته في تقريب التهذيب: ج ٢/ ١١٧ رقم ٢٠.

(٤) المحرر الوجيز: ج ٢/ ٦.

تكرر فيها؛ يمنع التعدد لمجرد توهمه، لأن المقصود به في الحالتين «ما يقوى أو يرجح بناءً على أسباب ملموسة مأخوذة بعين الاعتبار لا مجرد التوهم والتخمين»[1].

وإن احتجاج الشّيخ محمّد عبده بالآية على أن «الخوف من عدم العدل يصدق بالظن أو بالشك فيه، بل يصدق بتوهمه أيضاً (...) وأن الذي يباح له أن يتزوج ثانية أو أكثر هو الذي يثق من نفسه بالعدل بحيث لا يتردد فيه أو يظن ذلك ويكون التردد فيه ضعيفاً»[2]؛ فيه تكلف ومبالغة، لأنه وصل بتأويله إلى أن «شرط التعدد هو التحقق من العدل، وهذا الشرط مفقود حتماً فإن وجد في واحد من المليون فلا يصح أن يتخذ قاعدة»[3]. ومن هنا قرر أنه «يحرم على من خاف عدم العدل أن يتزوج أكثر من واحدة»[4].

وأما اشتراط القدرة على الإنفاق على أكثر من زوجة فهو مطلوب فيمن يريد أن يعدد زوجاته، لكن الذين جعلوه قيداً لإباحة التعدد بالغوا في اشتراطه كما بالغوا من قبل في اشتراط الثقة من تحقيق العدل في القسم بين الزوجات، فتوسعوا فيهما حتّى جعلوهما عقبة ليس من السهل تجاوزها[5]. قال أبو زهرة: «إن هذا الذي ساقه الأستاذ الشّيخ محمّد عبده في درسه وتقريراته ومجالسه، والذي صار مشروعاً من بعد وتناولته الأقلام والوزراء، أساسه جعل القيدين المذكورين في الآية الكريمة يخرجان عن التكليفات الدينية التي تكون بين العبد وربه إلى التطبيق القضائي فيمنع القاضي توثيق عقد زواج من له زوجة إلا إذا تأكد عدالته وقدرته على الإنفاق على زوجته وأولاده وسائر من تجب عليه نفقته»[6]. وقد استغرب الشّيخ

---

(١) ينظر نظرية التقريب والتغليب: ٤١٦.

(٢) ينظر الأعمال الكاملة للشيخ محمّد عبده: ج ٢/ ٩٤.

(٣) المصدر نفسه: ج ٢/ ٩٤

(٤) المصدر نفسه: ج ٥/ ١٧١.

(٥) ينظر كيف تم التّوسع في معنى العدل المذكور في الآية وفى معنى القدرة على الإنفاق حتّى صارا قيدين مانعين من التعدد كتاب الإسلام عقيدة وشريعة: ١٩٦–١٩٧، وكتاب محاضرات في عقد الزَّواج وآثاره: ١٣٦.

(٦) محاضرات في عقد الزَّواج وآثاره: ١٣٧.

محمود شلتوت التّوسع فيمن يجب الإنفاق عليه هنا، ووصفه بأنّه «نوع غريب من التقييد»(١).

وأما بناءً قولهم بتقييد التعدد على قاعدة تقديم درء المفسدة على جلب المصلحة، فيؤكده قول الشّيخ محمّد عبده: «فإذا ترتب على شيء مفسدة في زمن لم تكن تلحقه فيما قبله؛ فلا شك في وجوب تغير الحكم وتطبيقه على الحالة الحاضرة. يعني على قاعدة درء المفاسد مقدم على جلب المصالح، وبهذا يعلم أن تعدد الزّوجات محرم قطعاً عند الخوف من عدم العدل»(٢).

وعلى قوله هذا سار من جاء بعده من الدارسين فدعا إلى تقنينه، وقد أوضح الشّيخ محمود شلتوت أن المذكرات الإيضاحية لمشروع تقييد التعدد كلها «تدور حول أن التعدد مضيعة للأسر مفسدة للنسل، وأنه يحمل الحكومة أعباء ثقيلة بكثرة المتشردين ومن لا عائل لهم، ويقطع أواصر الرحم والقرابة، وأنه لو لم يكن في إطلاقه سوى أنّه دافع إلى إهمال تربية النشء؛ لكان ذلك داعياً إلى وضع نظام يقطع على غير القادرين طريق الإقدام عليه»(٣). وتعقبه بأن أصحاب المذكرات قد «أهملوا النّظر إلى مقتضيات التعدد ومحاسنه، وأغفلوا إغفالاً تاماً. وكان من واجبهم أن يعرضوا لها وأن يقارنوا خير التعدد بشره كما هو الشأن في موازنة خير الشيء بشره، إذا كان له جانباً خير وشر ثم يصرون حكمهم في الجانب الذي تظهر علته على الآخر»(٤).

وما ذكره الشّيخ محمّد عبده من مفاسد تنتج عن التعدد فهى ليست جديدة؛ فحصول الغيرة بين الزّوجات شيء طبيعى كامن في الطباع البشريّة لم تسلم منها واحدة من النّساء، إذ ظهرت في زوجات النبي صلى الله وسلم وهن أمهات المؤمنين ولم يؤاخذهن النبي صلّى الله

---

(١) ينظر الإسلام عقيدة وشريعة: ١٩٦.

(٢) الأعمال الكاملة للشيخ محمّد عبده: ج ٥/ ١٧٠.

(٣) ينظر الإسلام عقيدة وشريعة: ١٩٥ – ١٩٦.

(٤) المصدر نفسه: ١٩٦.

عليه وسلّم بها[١].

وإن الله تعالى شرع التعدد وهو يعلم سبحانه ما يمكن أن ينشأ عنه من غيرة النّساء من بعضهن، ويعلم ما قد ينشأ عنه من تباغضهن وتباغض أبنائهن، فليس هناك خير محض. وقد قص لنا في كتابه كيد أبناء يعقوب لأخيهم يوسف[٢]. وهم أبناء الضرائر. وهو يعلم سبحانه أن هذا يمكن أن يتكرر في كل زمان؛ ومع ذلك شرعه لما يغلب فيه من مصلحة تسمو عمّا ينتج عنه من تباغض وتخاصم بين الأولاد من امرأة واحدة. ولا يعني هذا أن الإسلام يقر هذه المفاسد أو أن الفقهاء الذين رفضوا تقييده بشيء غير ما ورد في القرآن لا ينتبهون إليها. وإنّما المفاسد إذا طغت لسوء تصرف النَّاس وجب وضع ضوابط لمنعها لا حرمان النَّاس مما أباحه الله. فـ «سوء التطبيق – كما أوضح القرضاوي – لا يعني إلغاء المبدأ من أساسه، وإلا

---

(١) يدل على هذا ما أخرجه البخاري بسنده إلى أنس رضي الله عنه قال: «كان النبي صلّى الله عليه وسلّم عند بعض نسائه، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين بصحفة فيها طعام، فضربت التي النبي في بيتها يد الخادم فسقطت الصحفة فانفلقت، فجمع النبي صلّى الله عليه وسلّم فلق الصحفة ثم جعل يجمع الطعام الذي كان في الصحفة ويقول «غارت أمكم»، ثم حبس الخادم حتّى أتى بصحفة من عند التي هو في بيتها فدفع الصحفة الصّحيحة إلى التي كسرت صحفتها وأمسك المكسورة في بيت التي كسرت فيه». (ينظر صحيح البخاري: كتاب النّكاح، رقم الحديث ٥٢٢٥)ففيه غيرة إحدى أمهات المؤمنين حتّى كسرت صحفة إحدى أمهات المؤمنين الأخرى لما أرسلت طعاما إلى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم، دل عليها قوله صلّى الله عليه وسلّم: «غارت أمكم».

وثبت عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «ما غرت على امرأة لرسول الله كما غرت على خديجة لكثرة ذكر رسول الله إياها وثنائه عليها». (ينظر صحيح البخاري: كتاب النّكاح، رقم الحديث ٥٢٢٩. وصحيح مسلم بشرح النووي: كتاب فضائل الصحابة، رقم الحديث ٢٤٣٥). ففيه أنها رضي الله عنها كانت تغار من خديجة رضي الله عنها لما كانت تسمعه يذكرها، وكانت خديجة متوفاة وقتئذ وعائشة رضي الله عنها تأمن مشاركتها لها فيه، ومع ذلك كانت تغار من ذكر رسول الله صلّى الله عليه وسلّم لها.

(٢) ينظر تفسير قوله تعالى: «قال يا بني لا تقصص رؤياك على أخوتك فيكيدوا لك كيداً». (يوسف ١).

ألغيت الشريعة بل الشرائع كلها، ولكن توضع الضوابط اللازمة»[١]. وكان الشّيخ محمّد عبده طالب الحاكم والقائم على الشّرع أن يمنع التعدد دفعاً للفساد الغالب[٢].

ج- مناقشة فكرة تقييد تعدد الزّوجات من حيث نتائج العمل بها:

بالنظر إلى هذه الفكرة من حيث تطبيقها نجد أن تطبيق التعدد بالقيدين المذكورين يعسر. فبالنّسبة للقيد الأوّل وهو التحقق من العدل بين الزّوجات لا يمكن أن يثبت للقاضي أبداً لأن استطاعت العدل بين الزّوجات والخوف من عدمه مما يرجع فيه إلى النفس ويتحاكم فيه إلى النية والعزيمة، «وليس له – كما قال الشّيخ شلتوت – من الأمارات الصادقة المطردة أو الغالبة مما يجعل معرفته وتقديره داخلين تحت سلطان الحاكم حتّى يترتب على تلك الأمارات تشريع المنع أو الإباحة»[٣]. وقد تساءل الشّيخ أبو زهرة «كيف يعرف القاضي أنّه سيعدل ولا يظلم، وهذه حال لا تعرف لأشد النَّاس صلة بالزوج فضلاً عن القضاء الذي يوجب عمله ألا يتصل بالخصوم اتصالاً شخصياً؟ أيسأل الشهود وأكثرهم يصطنع الكذب أم يعتمد على الشهادات الرسمية؟»[٤].

وبالنّسبة لشرط القدرة على الإنفاق، فإنه يمكن التحقق منه في الغالب على خلاف الشرط الأوّل الذي ليس له ضابط، وأن كان الشّيخ أبو زهرة يعده أيضاً مستعصياً فيتساءل عن «القدرة على الإنفاق ما مناطها؟ أحال الزّوج الجديدة أم حاله هو؟ وإذا اعتبرت حاله ورضي بأن يضيق قليلاً بعد سعة في سبيل ذلك الزَّواج الجديد وهي في جملتها تكفل العيش الضروري، أيسوغ للقاضي أن يمنعه بحجة أنّه يجب أن يعيش في رفاهية ويحرم من حلال؟»[٥].

---

(١) ينظر الاجتهاد في الشريعة الإسلاميّة: ١٦٥.

(٢) ينظر الأعمال الكاملة للشيخ محمّد عبده: ج ٢/ ٩٤ وذكره الشّيخ رشيد رضا في كتابه حقوق النّساء: ٧٩.

(٣) ينظر الإسلام عقيدة وشريعة: ١٩١.

(٤) ينظر محاضرات في عقد الزَّواج وآثاره: ١٣٨.

(٥) المصدر نفسه: ١٣٨.

وناقش الدكتور مصطفى السباعي شرط قدرة الرّجل على الإنفاق على أكثر من زوجة وخلص إلى أنّه يمكن أن يتأكد منه، خلافاً لما ذكره الشّيخ أبو زهرة. فقال: «نحن في هذا نخالف الأستاذ الجليل أبو زهرة في ادعائه بأنَّه شرط لا يمكن التحقق منه كالعدالة. فالواقع أن هناك فرقاً واضحاً بينهما؛ ذلك أن العدالة أمر معنوي مغيب لا يعرف إلا عند المعاملة، أمّا القدرة المالية فهي أمر مادي يمكن أن تعرف حالاً ولها أدلّة تثبتها بسهولة»(١).

ويمكن القول إن هذا الشرط بالنّسبة لكثير من الرّجال وخاصة منهم أولائك الذين يتقاضون أجوراً راتبة؛ يمكن في الغالب التأكد منه، لكن ما لا ينبغي إغفاله هنا هو أن الذين جعلوه أحد القيدين للتعدد وإن كانوا يستندون في إثباته إلى القرآن الكريم؛ فإنهم خرجوا أحد القيدين للتعدد وإن كانوا يستندون في إثباته إلى القرآن الكريم؛ فإنهم خرجوا عنه باشتراطهم قدرة الرّجل على الإنفاق ليس فقط على امرأة أخرى غير التي هى في عصمته؛ إنما عليها وعلى سائر من تجب عليه نفقته(٢). وهذا من شأنه أن يحد من العمل بتعدد الزّوجات لغير مسوغ شرعي، ولا يحقق مصلحة المرأة. وهو ما خلص إليه الشّيخ أبو زهرة فقال – بعد أن ذكر بعض ما يفرض التعدد في البلاد لا تقييده بها ذكر: «ولهذا نرى أن تقييد التعدد ضار بالمرأة أبلغ الضرر، ويتبين ذلك من يدرس الأمور دراسة فاحص خبير لا دراسة من يأخذ بظواهر الأمور وتستولي على نفسه أحوال جزئية لبعض النّساء، ولا ينظر إلى المصلحة الحقيقية لكل النّساء»(٣).

٢- مناقشة القول الثاني الذي فيه الدّعوة إلى منع التعدد:

أ- مناقشة من حيث هو فكرة:

---

(١) المرأة بين الفقه والقانون: ١١٥.

(٢) ينظر محاضرات فقى عقد الزَّواج وآثاره: ١٣٧.

(٣) تنظيم الإسلام للمجتمع: ٧٧.

-- إن فكرة منع التعدد بإطلاق فيها مخالفة لشرع الله، واتهاما له بعدم صلاحيته لكل زمان ومكان، وفيها منازعة لله في حق من حقوقه؛ فهو سبحانه أباح لمن لا يخلف الجور من عباده أن يتزوجوا أكثر من زوجة واحدة بقوله: ﴿ فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً ﴾[١]. وإن من يحدث إجراء يخالف ما شرعه الله ليعمل النَّاس به يكون قد نازعه في ألوهيته وحرم ما أحل الله الذي ﴿ لَهُ الْخَلْقُ وَالأَمْرُ ﴾[٢].

وبناء على هذا لا يجوز لأحد – سواء كان ولي أمر أم غيره – أن يمنع تعدد الزّوجات منعاً باتاً مطلقاً بدعوى وضع حد لإساءة النَّاس استعماله، فإن الحكمة تقضي بأن «إساءة استعمال أي تشريع لا يقتضي إلغاءه بل يقتضي منع تلك الإساءة»[٣]. أو بدعوى رعاية المصلحة. فإن ضابط العمل بالمصلحة أن تكون معتبرة في الشرع[٤].

قال الدكتور القرضاوي: «الذى أعطاه الشّرع لولي الأمر هو تقييد بعض المباحات لمصلحة راجحة في بعض الأوقات أو بعض الأحوال أو لبعض الناس، لا أن يمنعها منعاً عاماً مطلقاً مؤبداً لأن المنع المطلق المؤبد أشبه بالتحريم الذي هو من حق الله تعالى وهو الذي أنكره القرآن على أهل الكتاب الذين ﴿ اتَّخَذُواْ أَحْبَارَهُمْ وَرُهْبَانَهُمْ أَرْبَاباً مِّن دُونِ اللّهِ ﴾[٥]. وقد جاء الحديث مفسراً للآية؛ «إنهم أحلوا لهم وحرموا عليهم فاتبعوهم»[٦] (...)، أمّا أن

---

(١) سورة النساء، الآية ٣.

(٢) سورة الأعراف، الآية ٥٣.

(٣) ينظر المرأة بين الفقه والقانون: ١٠٧.

(٤) ينظر للتوسع في هذا الموضوع كتاب ضوابط المصلحة للدكتور محمّد سعيد رمضان البوطى.

(٥) سورة لتوبة، الآية ٣١.

(٦) هذا الحديث أخرجه الترمذى بسنده إلى عدى بن حاتم قال: "أتيت النبي صلّى الله عليه وسلّم وفى عنقى صليب من ذهب فقال: يا عدى، أطرح عنك هذا الوثن وسمعته يقرأ في سورة براءة (اتخذوا أحبارهم ورهبانهم أربابا من دون الله).
قال: أمّا أنهم لم يكونوا يعبدونهم ولكنهم كانوا إذا أحلوا لهم شيئاً استحلوه، وإذا حرموا عليهم شيئاً حرموه».
(ينظر سنن الترمذى: كتاب التفسير، رقم الحديث ٣٠٩٥)، قال أبو عيسى: «هذا حديث غريب لا تعرفه إلا من حديث عبد السلام بن حرب وغطي بن أعين ليس بمعروف في الحديث».

نجيء إلى شيء أحله الله تعالى وأذن فيه بصريح كتابه وسنة نبيه صلّى الله عليه وسلّم واستقر عليه عمل الأمة مثل الطّلاق أو تعدد الزوجات، فنمنعه منعاً مطلقاً مؤبداً فهذا شيء غير مجرد تقييد المباح»[١].

وإذا كان الأستاذ علال الفاسي قيد دعوته إلى منع التعدد بزمانه ولم يقل بمنعه مؤبداً[٢]؛ فإن هناك من دعا إلى منعه منعاً باتاً مطلقاً، وجعل منعه من باب إكمال التّشريع[٣]، فدعا إلى منعه مطلقاً. وتعدت مجلة الأحوال الشخصيّة التونسيّة القول بمنعه إلى جعل التزوج بأكثر

---

(١) الاجتهاد في الشريعة الإسلاميّة: ١٦٦–١٦٧.

(٢) ظاهر هذا الحكم قوله: «وأما تعدد النّساء إلى أربع فيمكن تقييده في كل وقت ظهر أن بقاءه يؤدى إلى ظلم أى كان؛ الزّوجات وغيرهن. وأحرى إذا كان هذا الظلم يؤدى إلى المساس بالدعاية الإسلاميّة». (ينظر التقريب شروح مدوّنة الأحوال الشخصيّة: ١٧٥). لكن الأستاذ ميكو بعد أن قرر أن الأستاذ علال الفاسي دعا إلى إصلاح الأُسرة المغربيّة بإلغاء منع التعدد، تساءل: «هل الأمر يتعلّق بموقف دائم أم بموقف ظرفى يتغير بزوال أسبابه؟» (ينظر مقال ولاية الزَّواج في الفقه المقارن، نشر في مجلة الأكاديمية ع ١٠/ ٥٧ سنة ١٩٩٣).

(٣) منهم الطّاهر الحداد من تونس، فهو يرى أن الإسلام تدرج في إصلاح بعض الحالات التي وجدها في الجاهلية ومنها تعدد الزوجات، ذلك أن النَّاس في الجاهلية كانوا يتزوجون بعدد غير محدود من النّساء فجاء الإسلام فقيد العدد في أربعة مع اشتراط العدل بينهم ثم ذكر أن العدل غير مستطاع. وعنده أن تعدد الزّوجات «سيئة من سيئات الجاهلية الأولى التي جاهدها الإسلام طبق سياسته التدريجية، وكان عامّة العرب يعددون نساءهم بلا حد (٠٠٠) فجاء الإسلام ووضع مبادئ الأمر حدا أقصى لهذا التعدد (٠٠٠) ثم تدرج إلى اشتراط العدل بالتسوية بينهن وجعل الخوف من عدم العدل كتحقيقه (٠٠٠) تحذيرا لهم من عاقبة هذا التعدد. ثم عبر عن تعذر الوفاء بشرط العدل بينهن وجعل مهما بذل فيه من الحرص كما في الآية «ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النّساء ولو حرصتم». (ينظر كتابة: امرأتنا في الشريعة والمجتمع: ٦١).

هكذا يرى الحداد منهج الإسلام في إصلاح خلل تعدد الزّوجات الذي كان معمولاً به قبل النبوة. فدعا إلى استمرار العمل بهذا المنهج في سبيل منع التعدد في هذا العصر، فقال: «وليس هناك ما ينص أو يدل على أن ما وصل إليه التدرج في حياة النبى، هو نهاية المأمول الذي ليس بعده نهاية ما دام التدرج مرتبطا بها للمسائل المتدرج فيها من صعوبة يمكن دفعها عن قرب أو وعورة تستدعى تطور الأخلاق والاستعدادات بتطور الزمن». (ينظر امرأتنا في الشريعة والمجتمع: ٤٠).

منْ وَاحدة جريمة يعاقب عليها القانون بالسجن مدّة عام وغرامة قدرها؛ ٢٤٠٠٠٠ وذلك في الفصل الثّامن عشر منها، وهذا أكبر تعد لحدود الله. وإن تعجب فعجب أنها حين منعت تعدد الخليلات فتحت بالمقابل الباب لتعدد الخليلات، ذلك أنها بعد أن أقرت عقوبة على التعدد؛ استثنت منها ما يتعلّق بالخيانة الزوجيّة فنصت على أنّه «لا ينطبق مقتضيات الفصل الثّالث والخمسين من القانون الجنائي على الجرائم المقررة في هذا الفصل». ومعنى هذا أن من ضبط مع امرأة غير زوجته فلا شيء عليه حتّى يثبت أنها زوجة ثانية له[1]. قال تعالى: ﴿ وَمَنْ أَضَلُّ مِمَّنِ اتَّبَعَ هَوَاهُ بِغَيْرِ هُدًى مِّنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ ﴾[2].

ب- مناقشة الأدلة المعتمدة في منع التعدد:

زعمت مجلة الأحوال الشخصيّة التونسيّة أن قوله تعالى: ﴿ وَلَن تَسْتَطِيعُواْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ النِّسَاء وَلَوْ حَرَصْتُمْ ﴾[3] أصرح ما يكون في المنع البات لتعدد الزوجات؛ لكن يرد زعمها هذا أن الله تعالى كشف في هذه الآية عن طبيعة خلقيته في النفس الإنسانية، وهي أنها تميل فيما لا تملك ضبطه من محبتها لبعض دون بعض، فنهى عن الميل الكلي وعفا عن بعضه في قوله: ﴿ فَلاَ تَمِيلُواْ كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ ﴾[4]. والذى عليه علماء الأمة أن العدل المطلوب شرعاً بين الزّوجات هو التسوية بينهن فيما يملك المرء تحقيقه ويستطيعه. وبهذا يبعد أن تكون الآية دليلاً على منع التعدد. قال القرطبي: «أخبر تعالى بنفى الاستطاعة في العدل بين النّساء وذلك في ميل الطبع بالمحبة والجماع والحظ من القلب، فوصف الله تعالى حالة البشر وأنهم

---

(١) ومما يؤكد هذا المعنى الحكم الذي أصدرته محكمة التعقيب التونسيّة ونصه: «جريمة التزوج بثانية لا تستكمل ركنها المادى إلا إذا كان هناك زواج فعلى نشاهد قد استوفى مظاهره الخارجية وبرزت حالته مما يحمل على المعاشرة الزوجيّة».

(ينظر أحكام الزّواج في مدوّنة الأحوال الشخصيّة للدكتور إدريس فاخورى: ١٦٠).

(٢) سورة القصص، الآية ٥٠.

(٣) سورة النّساء، الآية ١٢٩.

(٤) المصدر نفسه، الآية ١٢٩.

بحكم الخلفة لا يملكون ميل قلوبهم إلى بعض دون بعض»[1]. وقال ابن حجر: «المراد بالعدل التسوية بينهن بما يليق بكل منهن، فإذا وفي لكل منهن كسوتها ونفقتها والإيواء إليها؛ لم يضره ما زاد على ذلك من ميل قلب أو تبرع بتحفة»[2].

ويؤكد هذا المعنى أن رسول الله صلى الله علية وسلم كان يسأل ألا يؤاخذه الله تعالى فيما لا يملكه من ميل قلبه إلى إحدى زوجاته أكثر من غيرهن حين كان يقسم بينهن ويقول: «اللهم هذا قسمى فيما أملك فلا تلمنى فيما لا أملك»[3]. ثم إن الله تعالى ما كان لينفي استطاعة العدل بين الزّوجات بعد أن وصفه بأنّه شرط ممكن التحقيق. قال الشّيخ شلتوت: «ما كان الله ليرشد إلى تزوج العدد من النّساء عند الخوف من ظلم اليتامى، ويضع العدل بين الزّوجات شرطاً في التعدد بأسلوب يدل على استطاعته والقدرة عليه ثم يعود وينفى استطاعته والقدرة عليه»[4].

وأمّا حمل الأستاذ علال الفاسي الأمر في قوله تعالى: ﴿ فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء ﴾ على أنّه أمر إرشاد المسلمين ليمنعوا تعدد الزوجات؛ فإن فيه منع جميع النّاس في زمانه من التعدد. وفى هذا حرج للناس، لأن الشريعة حين أذنت بتعدد الزّوجات لم تأذن به لكل النّاس وإنّما أذنت به لمن لا يخاف عدم العدل بين زوجاته. فمتى ظهر في أمة أن التعدد ينتج عنه مفاسد عظمى بسبب استهانة النّاس بأمره وتجاسرهم عليه اتباعاً لشهواتهم؛ فينبغي قطع السبيل إلى هذه المفاسد ليس بمنعه – كما ذهب إليه علال الفاسي –، ولكن بمراقبة تطبيق الشرط المذكور في الآية. وبهذا تحمي الشريعة من الطعون ويدفع الضرر عن الناس.

---

(١) لجامع لأحكام القرآن ج٦ / ٢٦١.

(٢) فتح الباري: ج١٠ / ٣٩٢ عند شرح الحديث رقم ٥٢١٢.

(٣) سنن أبى داود: كتاب النّكاح، رقم الحديث؛ ٢١٣٤. وسنن الترمذى: كتاب النّكاح، رقم الحديث ١١٤٠. وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه»، (ينظر المستدرك على الصّحيحين: كتاب النّكاح، ج ٢/ ١٨٧). ينظر الإحسان بترتيب صحيح ابن حيان: رقم الحديث ٤١٩٢).

(٤) الإسلام عقيدة وشريعة: ١٨٩.

قال الشّيخ محمّد الطّاهر بن عاشور: «وإذا لم يقع تعدد الزّوجات على قاعدة العدل بينهن اختل نظام العائلة، وحدثت الفتن فيها، ونشأ عقوق الزّوجات أزواجهن وعقوق الأبناء آباءهم بأذاهم في زوجاتهم وأبنائهم. فلا جرم أن كان الأذى في التعدد لمصلحة يجب أن تكون مضبوطة غير عائدة على الأصل بالإبطال»(١). وكذلك قال الشّيخ الدكتور يوسف القرضاوي: «صحيح أن بعض الأزواج لا يراعون العدل الذي فرضه الله عليهم، ولكن سوء التطبيق لا يعني إلغاء المبدأ من أساسه، وإلا لألغيت الشريعة - بل الشرائع - كلها، ولكن توضع الضوابط اللازمة»(٢). وأكد هذا المعنى الدكتور مصطفى السباعي فذكر أن «إساءة استعمال أي تشريع لا تقتضي إلغاءه بل تقتضي منع تلك الإساءة»(٣).

وأما حمله العدل في الآية على العدل العام في المجتمع؛ أي العدل في معاملة المرأة المتزوجة وغير المتزوجة؛ فيرده أن الكلمة وردت في الآية الأخرى: ﴿ وَلَن تَسْتَطِيعُواْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ النِّسَاء وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلاَ تَمِيلُواْ كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ ﴾، بمعنى العدل الخاص في الأُسرة أي عدل الرّجال في القسم بين زوجاتهم. ذلك أن الله تعالى قيد عدد الزّوجات المسموح به شرعاً في أربعة، وفرض شرطاً لذلك هو العدل بينهن، فإذا خاف المرء عدم قدرته عليه اكتفى بواحدة فقط لقوله: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ فعلم أن هذا النوع من العدل يمكن إقامته. وعبارة النَّص يظهر منها أنّه يخص عدل الرّجال بين الزوجات. ثم نفى قدرة من لهم أكثر من زوجة على تحقيق العدل بينهن في قولة: ﴿ وَلَن تَسْتَطِيعُواْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ النِّسَاء وَلَوْ حَرَصْتُمْ ﴾، فدل ذلك على أن العدل المنفي مما يعجز المرء عن تحقيقه، وهو غير العدل الذي اشترطه الله تعالى في التعدد لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى: ﴿ وَلَن تَسْتَطِيعُواْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ النِّسَاء وَلَوْ حَرَصْتُمْ ﴾ قال: «في الحب

---

(١) التحرير والتنوير:ج٤/ ٢١٤.

(٢) الاجتهاد في الشريعة الإسلاميّة: ١٦٦.

(٣) ينظر المرأة بين الفقه والقانون: ١٠٧.

والجماع»[١]. ومع ذلك نهاهم عن الميل الكلي إحداهن وترك الأخرى كالمعلقة، وهذا لا يكون إلا في البيت الذي فيه أكثر من زوجة. ويؤكده أن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم حين كان يقسم بين نسائه ولا يفضل بعض أزواجه على بعض في القسم[٢]، ويسأل الله تعالى أن يعذره فيما يملك العدل فيه.

ويرده أيضاً أن الله تعالى محاسب الفرد إذا لم يعدل بين زوجاته، ووصف رسول الله صلّى الله عليه وسلّم عقوبة من كانت له أكثر من زوجة فلم يعدل بينهن بقوله: «من كانت له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل»[٣]. وبهذا يخرج معنى العدل عن أن يكون المراد به هنا العدل العام بين النّساء المتزوجات وغير المتزوجات، كما فسره به الأستاذ علال الفاسي.

ج- مناقشة فكرة المنع من حيث تطبيقها:

ناقش بعض الفقهاء المعاصرين فكرة منع تعدد الزّوجات وما يؤول إليه حال النّاس حين يمنعوا من استعمال أمر أباحه الله لهم، منهم الشّيخ محمّد أبو زهرة فإنّه نبّه على أننا «لو غلقنا على ذوي الشهوات الحادة باب الزّواج لفتحوا لأنفسهم باب الفساد، فتهتك الستور ويكون الأولاد الذين لا آباء لهم. ولو خيرنا بين زواج معيب وبين الزنى لاخترنا الأوّل إن

(١) ينظر جامع البيان في تأويل القرآن: ج٤/ ٣١٣ رقم ١٠٦٤١.

(٢) تصف عائشة رضي الله عنها معاملة رسول الله صلّى الله عليه وسلّم مع أزواجه بقولها: «كان رسول الله صلّى الله عليه وسلّم لا يفضل بعضنا على بعض في القسم، من مكثه عندنا، وكان قليوم إلا وهو يطوف علينا جميعاً فيدنو من كل المرأة من غير مسيس حتّى يبلغ إلى التي هو يومها فيبيت عندها... الحديث». أخرجه أبو داود في سننه: كتاب النّكاح، باب في القسم بين النّساء، رقم الحديث ٢١٣٥. وصححه الحاكم، ووافقه الذهبي؛ (ينظر المستدرك على الصّحيحين: كتاب النّكاح ج٢/ ١٨٦-١٨٧).

(٣) سنن أبي داود: كتاب النّكاح، رقم الحديث ٢١٣٣. وسنن الترمذي: كتاب النّكاح، رقم الحديث ١١٤١. وصححه الحاكم ووافقه الذهبي. (ينظر المستدرك على الصّحيحين:ج٢/ ١٨٦). وصححه أيضاً ابن حيان. (ينظر الإحسان بترتيب صحيح ابن حيان:رقم الحديث ٤١٩٤).

كنا نسير على هدي العقل ونوره»[١]. يستفاد من قوله هذا أن الذين يدعون إلى منع تعدد الأزواج خلافاً لما ورد في الشرع؛ يفتحون – عن وعي أو غير وعي – باباً لممارسة تعدد من نوع آخر كما هو في الغرب[٢]. فيصدق عليهم قوله تعالى: ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ ﴾[٣]. وهذه مفسدة عظمى أن تعم الفاحشة في المجتمع المسلم الذي من مصلحته أن «يصون رجاله ويستر بناته بزواج حلال يتحمل فيه كل من الرّجل والمرأة مسؤوليته فيه عن نفسه وصاحبه وما يرزقهما الله من ذرية، بدل ذلك التعدد الذي عرفه الغرب الذي أنكر على المسلمين تعدد الخليلات، وأباح هو تعدد الخليلات. وهو تعدد غير أخلاقي وغير إنساني، يستمتع فيه كلاهما بصاحبه دون أن يتحمل أية تبعة. ولو جاء من هذه الصلة الخبيثة ولد فهو نبات شيطاني لا أب له يضمه إليه ولا أسرة تحنو عليه، ولا نسب يعتز به. فأي المضار أولى أن تجتنب؟»[٤].

بالجملة يمكن القول إن في منع تعدد الزّوجات من المفاسد ما به هلاك المجتمع وخرابه، فيكون مصدر المشاكل التي تعاني منها. وقد خلص الدكتور أحمد الريسوني – بعد دراسة فكرة منع التعدد – إلى أن «الذى يمكن أن يكون مشكلة فردية ومجتمعية هو منع التعدد أو عدم التمكن منه. وتقع هذه المشكلة في إحدى حالتين وتزداد إذا اجتمعت الحالتان معاً:

الحالة الأولى: زيادة عدد النّساء على عدد الرّجال، وبقدر هذه الزيادة بقدر ما تكبر المشكلة. وهذا أمر وارد في جميع العصور، ولم نسمع عن ضده أبداً.

---

(١) ينظر الأحوال الشخصيّة: ٩٦.

(٢) أوضح الشّيخ محمّد الغزالى أن الغربيين «يعددون في الحرام ما لا يحصر، ويشغبون على الأديان كلها» (ينظر كتابه: قضايا الأسرة: ١٢٤).

(٣) سورة النور، الآية ١٩.

(٤) الاجتهاد في الشريعة الإسلاميّة: ١٦٦.

والحالة الثّانية: أن يعرض عن الزَّواج عدد من الرّجال راغبين أو مضطرين، بينما هذه الظاهرة (أي العزوف عن الزّواج) لا توجد عند النّساء. وهذه الحالة واقعة اليوم عندنا وعند غيرنا بشكل حاد ومتزايد»[١].

ثالثاً: خلاصة:

قبل الحسم فيما يمكن أن نخرج به بعد عرض هذه الآراء ومناقشتها؛ ينبغي الوقوف أولاً عند فكرة تعدد الزّوجات كيف وردت في القرآن الكريم.

١ - يؤخذ من سبب نزول الآية التي ورد فيها ذكر تعدد الزّوجات أن الله تعالى شرعه لرفع الحرج عن أولياء اليتامى، كانوا يرغبون في الزَّواج بذوات المال منهن ولا يقسطون فيهن، فأباح لهم أن يتزوجوا غيرهن مثنى وثلاث ورباع. فأخرج البخاري بسنده إلى ابن شهاب قال: «أخبرني عروة بن الزُّبير أنّه سأل عائشة عن قول الله تعالى: ﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُواْ** ﴾، فقالت: يا ابن أختي، هذه اليتيمة تكون في حجر وليها تشركه في ماله ويعجبه مالها وجمالها، فيريد وليها أن يتزوجها بغير أن يقسط في صداقها فيعطيها مثل ما يعطيها غيره، فنهوا عن ذلك إلا أن يقسطوا لهن ويبلغوا لهن أعلى سنتهن، فأمروا أن ينكحوا ما طاب لهم من النّساء سواهن»[٢]. وأخرج ابن أبي حاتم من طريق ابن شهاب أخبرني عروة ابن الزُّبير أنّه سأل عائشة عن قول الله تعالى: ﴿ **فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء** ﴾ قالت: أمروا أن ينكحوا ما طاب لهم من النّساء سواهن»[٣].

---

(١) ينظر مقالة الفكر المقاصدي بين محمّد الطّاهر بن عاشور وعلال الفاسي، نشر مجلة الهدى: ع٢٤/ ١٥.

(٢) صحيح البخاري: كتاب التفسير، رقم الحديث ٤٢٩٨. وصحيح مسلم بشرح النووي: كتاب التفسير، رقم الحديث ٣٠١٨.

(٣) تفسير ابن أبي حاتم: ج٣/ ٨٥٨ رقم ٤٧٥١. وأخرج من طريق ابن وهب عن يونس قال ربيعة في قوله تعالى: «وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى»: «اتركوهن إن خفتم فقد أحللت لكم أربعاً».

نستفيد من هذا أن الله تعالى شرع التعدد ولم يجعله أصلاً لبناء الأسرة، ولا قاعدة يجب على كل رجل التزامها، ولا مكرمة ينبغي أن يشتمل عليها كل بيت. وإنّما شرعه سبحانه درءاً للمفسدة التي تصيب الضعفاء من النّساء، ورفعاً للحرج عن بعض الأزواج، فجاز لكل من يلقى حرجاً أياً كان سببه، أن ينكح ما طاب له من النّساء في حدود العدد المسموح به شرعاً، إذ العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب الذي من أجله نزل الحكم. وبهذا يكون الإسلام قد «أعطى للناس حلاً، وفتح لهم مخرجاً لمشكلة قد يقعون فيها بدرجة أو بأخرى سواء بصفتهم الفردية أو بصفتهم المجتمعية[١].

وعلى هذا استقرّ العمل عند المسلمين كافة[٢]، فمارسه رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وعمل به الصحابة ومن بعدهم. فهذا غيلان بن سلمة الثقفي[٣] أسلم وله عشر نسوة في الجاهلية فأسلمن معه، فأمر رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أن يمسك أربعاً ويفارق سائرهن[٤]. وحين تأيمت حفصة بنت عمر من زوجها خنيس بن حذافة السهمي (...) أتى عمر بن الخطاب عثمان فعرض عليه حفصة (...). قال عمر: فلبثت ليالي ثم لقيني فقال: قد بدا لي أني لا أتزوج يومي هذا. قال عمر: فلقيت أبا بكر الصّديق فقلت: إن شئت زوجتك حفصة بنت عمر (...) فلبثت ليالي ثم خطبها رسول الله صلّى الله عليه وسلّم فأنكحتها إياه«[٥]. ووجه الدّلالة من هذا الحديث أن عثمان بن عفان وأبا بكر الصّديق رضي الله عنهما حين عرض عليهما عمر بن الخطاب رضي الله عنه ابنته حفصة كانا متزوجين.

---

(١) ينظر مقال «الفكر المقاصدي بين محمّد الطّاهر بن عاشور وعلال الفاسي» للدكتور أحمد الريسوني: نشر مجلة الهدى: ع٢٤/ ١٥.

(٢) خلافاً للتونسي الطّاهر الحداد الذي ادعى أن الإسلام تدرج في المسألة فحصر التعدد في حدود أربع نسوة وترك المجال مفتوحا للمسلمين أن يكملوا التّشريع في سبيل توقيف العمل به مع تطور العصر.(ينظر كتابة امرأتنا في الشريعة والمجتمع).

(٣) هو غيلان بن سلمة الثقفي، نقل ابن حجر عن بعض أهل العلم أنّه أسلم بعد الفتح، وذكر قصة زواجه بعشر نسوة.(ينظر الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر:ج٥/ ٢٥٣ رقم ٦٩٤٠.

(٤) سنن الترمذي: كتاب النّكاح، رقم الحديث؛ ١١٢٨. وسنن ابن ماجة: كتاب النّكاح رقم الحديث ١٩٥٣.

(٥) صحيح البخاري: كتاب النّكاح، رقم الحديث: ٤٨٣٠.

ولقد كان ينتج عنه اختلافات بين الزّوجات بسببِ غيرة بعضهن من بعض، غير أنّه لم يكن النّساء يغرسن الحقد في أبنائهن تجاه إخوانهن أو أخواتهن، كما كان في الواقع الذي عاينه الشّيخ محمّد عبده، لالتزامهن بالإسلام.

٢- ويدل قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ على أنّه سبحانه أوجب على من يرغب في الزَّواج بأكثر من واحدة أن يعدل بينهن. فمن خاف ألا يعدل بينهن فليقتصر على ما يمكن العدل فيه. فإن الله تعالى «كرر اسم العدد لقصد التوزيع باعتبار اختلاف المخاطبين في السعة والطول؛ فمنهم فريق يستطيع أن يتزوج اثنتين، فهؤلاء تكون أزواجهم اثنتين اثنتين وهلم جرا»[١]. وحذر رسول الله صلّى الله عليه وسلّم من لا يعدلون بين نسائهم من سوء المصير يوم القيامة ليؤكد أن العدل هنا مخصوص بالعدل في القسم بين الزّوجات وأنه مطلب شرعي لمن يرغب في التعدد.

٣- وأيضاً يدل قوله تعالى: ﴿ وَلَن تَسْتَطِيعُواْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ النِّسَاء وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلاَ تَمِيلُواْ كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ ﴾. على أن العدل المطلق بين الزّوجات ليس في استطاعة أحد إقامته لأن منه جانباً لا يملك المرء التحكم فيه فغفره الله تعالى لقوله سبحانه: ﴿ لاَ يُكَلِّفُ اللّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا ﴾. وهو ما كان رسول الله صلّى الله عليه وسلّم يسأل عدم المؤاخذة عليه. فظهر من هذا أن العدل المطلوب شرعاً هو فيما يملك المرء تحقيقه وهو القسم بين الزوجات، وقد حققه رسول الله صلى عليه وسلم، فثبت أنّه كان إذا أراد السفر أقرع بين نسائه[٢]. وأنه كان يقسم بينهن حتّى في مرضه الذي مات فيه حتّى أذن له أن يكون حيث يشاء[٣].

---

(١) ينظر التحرير والتنوير: ج ٤/ ٢٢٥.

(٢) صحيح البخاري: كتاب النّكاح، رقم الحديث ٥٢١١. وصحيح مسلم بشرح النووي: كتاب فضائل الصحابة، رقم الحديث ٢٤٤٥.

(٣) الحديث رواه الإمام أحمد في مسنده رقمه: ٢٤٣٣٧.

ومن هنا يظهر أن الأمن من الجور في حق الزّوجات وغلبة الظن بتحقيق العدل في القسم بينهن؛ هو الشرط الذي يتوقف عليه العمل بالتعدد، فمن خاف أن يجور في حقهن؛ فعليه أن يكتفي بالزّواج بواحدة. وهو ما أكده الشّيخ محمود شلتوت بقوله: «أن إباحة التعدد لا تتوقف على شيء وراء أمن العدل وعدم الخوف من الجور، فلا يتوقف على عقم المرأة ولا مرضها مرضاً يمنع من تحصن الرجل، ولا على كثرة النّساء كثرة ينفرط معها عقد العفاف»[1]. وكذلك نبّه عليه الشّيخ الطّاهر بن عاشور فذكر أنّه «إذا لم يقم تعدد النّساء على قاعدة العدل بينهن؛ اختل نظام العائلة وحدثت الفتن فيها ونشأ عقوق الزّوجات أزواجهن وعقوق الأبناء آباءهم في زوجاتهم وأبنائهم»[2].

وإن من الأمارات الظاهرة التي تدل على القدرة على العدل في القسم بين الزّوجات قدرة الرّجل على الإنفاق أكثر من واحدة. فإذا كان يعجز عن نفقة زوجة واحدة؛ فإنّه لا يظن منه أنّه سيحقق العدل بينهن إذا هو تزوج أخرى أو أخريين. وهذا ما يسفر لنا مذهب بعض الفقهاء في جعلهم قدرة المتزوج على الإنفاق شرطاً مستقلاً عن شرط العدل بين الزوجات.

فإذا ثبت هذا، فليعلم أن النّاس في تحقيقه درجات، فمنهم من يعدل في القسم بين زوجاته ومنهم من يجور في ذلك، فإذا أقسط الأزواج في القسم بينهن لم تحصل مفسدة بسبب تعدد الزّوجات لا داخل البيت ولا خارجه، اللهم إلا ما كان من المشاكل الصغرى التي تقع بسبب الغيرة من بعضهن البعض، وهي حالة تحتاج من الزّوج إلى الحكمة في معالجتها واليقظة والحزم في التعامل معها. ومن هنا «كان ما يزعمه بعض الملاحدة من أعداء دين الإسلام من أن تعدد الزّوجات يلزمه الخصام والشغب الدائم المفضي إلى نكد الحياة لأنه كلما أرضى إحدى الضرتين سخطت الأخرى، فهو بين سخطتين دائماً، وأن هذا ليس من الحكمة؛ فهو كلام ساقط يظهر سقوطه لكل عاقل لأن المشاغبة بين أفراد أهل البيت لا انفكاك عنه

---

(١) الإسلام عقيدة وشريعة: ١٩٢.

(٢) ينظر التحرير والتنوير: ج ٤/ ٢٢٧.

البتة، فيقع بين الرّجل وأمه، وبينه وبين أبيه، وبينه وبين أولاده، وبينه وبين زوجته الواحدة. فهو أمر عادى ليس له كبير شأن، وهو في جنب المصالح العظيمة التي ذكرنا في تعدد الزّوجات من صيانة النّساء (...) كلا شيء»[١].

ويمكن أن ينشأ الخلاف داخل الأُسرة لغير هذا السبب على الرغم من حرص الزّوج على تحقيق العدل بين زوجاته، فينتهي بأن يطلق إحداهن. وهذه النهاية تقع أيضاً في البيت الذي فيه زوجة واحدة. وليس يعني هذا نفي أن ينشأ اضطراب في البيوت التي فيها أكثر من زوجة؛ ولكن فقط البيان بأن أكثر ما يقع من مشاكل داخل البيوت سببه عدم الاسترشاد بمبادئ الشريعة الإسلاميّة في معاملة الزّوجات والأولاد. فوجب النّظر وبذل الجهد لحماية حدود الله من التعدي بالوقوف على أسباب هذه المفاسد.

٤- وإن المنهج يقتضي لمعالجة مشكلة ما أن تبين من وجودها أولاً؛ فالناس منشغلون بمعالجة مشكلة تعدد الزوجات. فمنهم من يدعو إلى تقييده ومنهم من يدعو إلى منعه بدعوى أن به تضيع حقوق النّساء ومصالح الأبناء. ولا نجد من يتثبت فيضع السّؤال هل يعاني المجتمع فعلاً من مشكل اسمه تعدد الزّوجات وما درجاته؟ أم يعاني من مشكل العنوسة أم غيره؟ فالذى أقره غير واحد من العلماء والدارسين أن المسلمين لا يعانون اليوم من مشكلة تعرف باسم التعدد[٢]، بقدر ما يعانون من مشاكل أخرى حقيقية يتم غض الطرف عنها،

---

(١) ينظر أضواء البيان للشنقيطى: ج ٣/ ٣٧٧.

(٢) أكد هذا غير واحد منهم بالمشرق والمغرب منهم الدكتور مصطفى السباعى فإنّه ذكر أنّه «لا توجد في العالم الإسلامى الآن مشكلة تعرف بمشكلة تعدد الزوجات، فالإحصائيات التي تنشر عن الزّواج والطّلاق في البلاد العربيّة الإسلاميّة تدل على أن نسبة المتزوجين بأكثر من واحدة نسبة ضئيلة جداً لا تكاد تبلغ الواحد بالألف. والسبب في ذلك واضح، وهو تطور الحياة الاجتماعيّة، وارتفاع مستوى المعيشة، وازدياد نفقات الأولاد في كعيشتهم وتعليمهم والعناية بصحتهم». (ينظر المرأة بين الفقه والقانون: ١١١). وذكر الأستاذ عبد الهادى بو طالب أن «تعدد الزّوجات يسير على المستوى الوطنى نحو الزوال». (ينظر مقاله؛ المرأة والولاية والتعدد؛ نشر مجلة الأمن الوطنى. ع٤٣/ ٢٠٢). وكذلك ذكر الدكتور أحمد الخمليشى أن «تعدد =

ولكنه الحقد على الإسلام يدفع الأعداء على إيهام النَّاس بأن تعدد الزّوجات «مؤسسة [تشكل] تهديداً للاستقرار الأسري»[١]. وهم يبتغون الفتنة إذ يغيظهم أن يبقى لقانون الأحوال الشخصيّة أصل شرعي، ﴿ قُلْ مُوتُواْ بِغَيْظِكُمْ ﴾[٢].

٥- ولقد أوضح الشّيخ محمّد الطّاهر بن عاشور أن مسألة التعدد مسألة حسابية[٣]، وكذلك قال الدكتور أحمد الريسوني: «إن مسألة التعدد أو عدم التعدد قبل أن تكون مسألة اجتماعية، وقبل أن تكون مسألة فقهيّة. علينا أن نحصي الراغبين المستعدين للزواج من الرّجال والراغبات المستعدات للزواج من النّساء، حينئذ سنرى إن هناك مشكلة وما حجمها؟ وما حلها؟ وبعبارة أخرى فإن المجتمع في هذه المسألة إذا كان عادياً أي أن رجاله ونسائه متساوون في عددهم وفى إقبالهم على الزَّواج فسيكون التعدد متعذراً من الناحية العملية، حتّى وهو مباح شرعيّاً. فإذا اختل هذا الوضع العادي بإحدى الحالتين المذكورتين، فلا بد من أحد الأمرين:

إما التعدد وإما إبقاء عدد من النَّاس بدون زواج وتحمل نتائج ذلك، وفي هذا ما فيه من الأضرار والأخطار الخاصة والعامة. وفى تقدير هذه الأضرار والأخطار على الأفراد والمجتمع وعلى سائر الأسر القائمة نفسها على المدى القريب والمدى البعيد، في تقدير هذا كله يظهر مدى تعقل العقلاء وحكمة الحكماء ﴿ أَلَيْسَ اللهُ بِأَحْكَمِ الْحَاكِمِينَ ﴾ بلى[٤].

= الزّوجات لم يعد من المشاكل الاجتماعيّة الخطيرة». (ينظر كتابه: وجهة نظر؛ ٢٥٨). وينظر أيضاً كتاب الأُسرة ومشكلاتها: ١٥٤-١٥٥ لمحمود حسن، أوضح فيه أن «بناء الأُسرة العربيّة لا يقوم على نظام التعدد».
يأتي ذكر هذه الأقوال ليس فقط من أجل تأكيد أن مشكلة المسلمين اليوم ليست هي مسألة تعدد الزوجات؛ ولكن أيضاً من أجل بيان أن هدف الفئة العلمانية في البلاد الإسلاميّة هو القضاء على كل ما له أصل شرعيّ في قوانين الأحوال الشخصيّة.

(١) ينظر مشروع خطة العمل الوطنية لإدماج المرأة في التنمية: ١٢٩.
(٢) سورة آل عمران، الآية ١١٩.
(٣) ينظر التحرير والتنوير: ج٤/ ٢٢٧.
(٤) مقال «الفكر المقاصدي بين محمّد الطّاهر بن عاشور وعلال الفاسي»، نشر مجلة الهدى؛ ع٢٤/ ١٥-١٦.

وبناء على هذا، ومن أجل تحقيق العدل والإنصاف، يجب أن نسأل عن رأي النّساء العوانس في المسألة ونستفتيهن فيها؛ هل يقبلن الزَّواج برجل متزوج أم يفضلن البقاء عانسات في بيوت آبائهن يأكلن شبابهن ويفنين أعمارهن؟ لا شك أن أكثر من يتحرج من التعدد في واقعنا من النّساء هن المتزوجات خشية أن يشاركهن نساء أخريات أزواجهن، وأما غير المتزوجات العفيفات فلهن رأي آخر.

وأيضاً هناك في المجتمع نساء بسط الله لهن من الرزق ما تعيش به عدّة أسر، وهن يرغبن في الزَّواج وتكون عليهن النّفقة، فهل من الإنصاف أن نمنع زواجهن برجال متزوجين بدعوى عجز هؤلاء عن النّفقة؟

إن ما دفع البعض إلى القول بتقييد تعدد الزّوجات بما يشبه المنع في بداية هذا القرن هو عجزهم عن رد الشبهات التي كان يلقيها المستشرقون أعداء الإسلام حول موضوع المرأة خاصة. فنظروا إلى واقعهم وما فيه من فساد فأرادوا محاربته بالدّعوة إلى تقييد أو منع التعدد مع أنّه مباح في الشرع، فسقطوا في الحكم على الشريعة بعدم ملاءمتها لحياة النّاس في هذا العصر. وقد سبق بيان الشّيخ شلتوت والشّيخ محمّد أبو زهرة لهذا، وكذلك قال الشّيخ أحمد محمّد شاكر[1].

---

(١) قال الشّيخ أحمد محمّد شاكر: «نبتت في عصرنا هذا الذي نحيي فيه ثابتة أفرنجية العقل، نصرانيّة العاطفة، رباهم الأفرنج في ديارهم، وأرضعوهم عقائدهم، صريحة تارة، وممزوجة تارات، حتّى لبسوا عليهم تفكيرهم، وغلبوهم على فطرتهم الإسلاميّة، فصار هجيرانهم وديتهم أن ينكروا تعدد الزوجات، وأن يروه عملاً بشعا صغير مستساغ في نظرهم. فمنهم من يصرح ومنهم من يجمجم. وجاراهم في ذلك بعض من ينتسب إلى العلم من أهل الأزهر المنتسبين للدين، والذين كان من واجبهم أن يدفعوا عنه وأن يعرفوا الجاهلين حقائق الشريعة، فقام من علماء الأزهر من يمهد لهؤلاء الأفرنجي العقيدة والتربية للحد من تعدد الزّوجات زعموا!! ولم يدرك هؤلاء العلماء أن الذين يحاولون أسترضائهم لا يريدون إلا أن يزيلوا كل أثر لتعدد الزّوجات في بلاد الإسلام، وأنهم لا يرضون عنهم إلا إن جاروهم في تحريمه ومنعه جملة وتفصيلاً، وأنهم يأبون أن يوجد على أي وجه من الوجوه لأنه منكر بشع في نظر سادتهم الخواجات.
وزاد الأمر وطم حتّى سعنا حكومة من الحكومات التي تنتسب للإسلام وضعت في بلادها قانونا منعت فيه تعدد الزّوجات جملة». (ينظر؛ عمدة التفسير: ج٣/ ١٠٢).

ولقد غاب عنه أن الشريعة الإسلاميّة «مبناها وأساسها على الحكم بمصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها ورحمة كلها. فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحم إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل. فالشريعة عدل الله بين عباده، ورحمته بين خلقه، فهي بالحياة والغذاء والدواء والنور والشفاء والعصمة. وكل خير في الوجود فإنما هو مستفاد منها وحاصل بها، وكل نقص في الوجود فسببه من إضاعتها. فالشريعة الإسلاميّة التي بعث الله بها رسوله هي عمود العالم وقطب الفلاح والسعادة في الدنيا والآخرة»[1].

٦- وإن المنهج يقتضي بالإضافة إلى ما ذكر أن ما ثبت في الشّرع إباحته أن يعمل على البحث في صورة تنزيله كما ورد، ولا يملك أحد منعه. فقد حد الله تعالى حدوداً لتحفظ ﴿ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ﴾ وأوكل إلى أولياء الأمور حراستها من سوء معاملة النّاس: «والإمام راعٍ ومسؤول عن رعيته»[2]. فإذا ظهر أن النَّاس لا يدفعهم إلى تكثير الزّوجات إلا شهواتهم من غير مراعاة القدرة على العدل في القسم بينهن فيحصل بسبب هذا اضطراب في البيوت؛ فإنّه يجب على أولي الأمر أن يتدخلوا لوضع الضوابط التي تضمن حسن تطبيق شرع الله في هذه المسألة، تحقيقاً للمصلحة ودفعاً للمفسدة لا أن يحرموا ما أحله الله. قال الشّيخ الدكتور القرضاوي: «صحيح أن بعض الأزواج لا يراعون العدل الذي فرضه الله عليهم، ولكن سوء التطبيق لا يعني إلغاء المبدأ من أساسه، وإلا ألغيت الشريعة بل الشرائع كلها، ولكن توضع الضوابط اللازمة»[3].

٧- وإنه لا يزال العمل بتقييد التعدد بإذن القاضي معمولاً به في أغلب قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة ليس من أجل ضبطه، ولكن لتعسير الطريق إليه. جاء في شرح مذهب

---

(١) ينظر إعلام الموقعين: ج٣/ ١.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) الإجتهاد في الشريعة الإسلاميّة: ١٦٥.

مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة في تقييد التعدد بإذن القاضي بأن المشرع أراد من وراء هذا التعجيز الوصول إلى فحوى الآية: ﴿وَلَن تَسْتَطِيعُوٓاْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾[١].

فهل لم يحن الوقت لصحوة فكرية تنفض عن تفكير المسلمين بدعة الخضوع للآخر بالاستجابة لمطالبته بتغيير شرع الله عن طريق الالتفاف حول النصوص؟ ألم يحن الوقت لإبراز ما يهدف الإسلام إلى تحقيقه من مصالح بتشريع التعدد؟ أو بيان دوره في حل مشاكل اجتماعية واقعة؟[٢].

إن تقدم الآخر واستحكام شعار حقوق الإنسان عالمياً والعمل وفق المواثيق الدولية[٣] نظراً لتوقيع البلدان العربيّة والإسلاميّة عليها؛ دفع البعض إلى التحامل على بعض ما تبقى من أصل شرعيّ في قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة فكان القول بمنع التعدد[٤]. وليس

---

(١) مقال: «تنظيم تعدد الزّوجات ومجلس العائلة»، للأستاذ عبد الهادى أبو طالب، منشور بمجلة الأمن الوطنى: ع١٧٩/ ٦، السُّنَّة ٣٤.

(٢) أوضح هذا الشّيخ محمّد الطّاهر بن عاشور بقوله: «شرع الله تعدد النّساء للقادر على العدل لمصالح جمة: منها أن في ذلك وسيلة إلى تكثير عدد الأمة بازدياد المواليد فيها. ومنها أن ذلك يعين على كفالة النّساء الآتى هن أكثر من الرّجال في كل أمة لأن الأنوثة في المواليد أكثر من الذكورة، ولأن الرّجال يعرض لهم من أسباب الهلاك في الحروب والشدائد ما لا يعرض للنساء، ولأن النّساء أطول أعماراً من الرّجال غالباً بما فطرهن الله عليه، ومنها أن الشريعة قد حرمت الزني وضيقت في تحريمه لما يجر إليه من الفساد في الأخلاق والأنساب ونظام العائلات، فناسب أن توسع على النّاس في تعدد النّساء لمن كان من الرّجال ميالاً للتعدد مجبولاً عليه، ومنها قصد الابتعاد عن الطّلاق إلا لضرورة». (ينظر التحرير والتنوير: ج٤/ ٢٢٦).

(٣) ينبغى التنبيه على أن هذه المواثيق لا تراعى هوية الإنسان ومعتقداته بل هي تقنن للإنسان من غير اكتراث لهويته ومعتقداته.

(٤) جاء الاستناد إلى الاتفاقيات الدولية من أجل المطالبة بتغيير مدوّنة الأحوال الشخصيّة في رسالة مفتوحة من المكتب التنفيذى لاتحاد العمل النسائي بالمغرب على مجلس النواب. (ينظر الفقرة الثّالثة من الرسالة في جريدة ٨مارس ع ٥٧مارس ١٩٩٢).
كما جاءت الدّعوة إلى إعادة انظر في مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة مع مراعاة انسجام هذا القانون مع الاتفاقيات الدولية التي صادقها فيما سمي مشروع خطة العمل الوطنية لإدماج المرأة في التنمية: ١٢٨.

أحد يقوم ضد تحقيق كرامة الإنسان، فالسعي إلى تحقيق مطلوب في الشريعة الإسلاميّة. ولكن القوم أرادوا بالإسلام كيداً، فأجمعوا أمرهم - طمعاً في رضى اليهود والنصارى[(١)] - من أجل إقصائها من الحياة، ﴿ أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِّقَوْمٍ يُوقِنُونَ ﴾[(٢)].

٨- وإن سبيل الإصلاح ينبغي أن يعتمد خطوتين اثنتين:

إحداهما تربية النَّاس على الإسلام ليستشعروا مراقبة الله تعالى في حياتهم كلها، فيمتثلوا أوامره رغبة في ثوابه ورضاه، ويجتنبوا نواهيه رهبة من سخطه وعذابه. ولتحقيق هذا يجب فتح المجال للعلماء عبر وسائل الإعلام المختلفة ليفقهوا قومهم وينذروهم. وهذا ينبغي أن يكون مستمراً لا ينقطع، لأن التدين إذا ضعف في النَّاس خلطوا من الأعمال صالحها وسيئها، فينبغي تذكيرهم دائماً بدينهم وتوعيتهم بالحكم التي من أجلها شرع الله تعدد الزوجات، وغيره من شعائر الإسلام. كما يجب تخصيص النّساء بتعليمهن ما لهن وما عليهن نحو أزواجهن وزوجاتهم. قال الشّيخ محمّد شلتوت: «الشريعة (...) لم تهمل جانب المواعظ والإرشادات والتعزيرات التي من شأنها تلطيف آثار الغيرة الطبيعية، وتوجب مع هذا على أولياء الأمر أن تهيئة وسائل العيش والتربية الصّحيحة للفقراء وأولادهم. ونرى التقصير في ذلك يقع أولاً بالذات يقع على كاهل الحكومات الإسلاميّة»[(٣)]. وعند الدكتور مصطفى السباعي أن «التدين الصّحيح والتربية الخلقية الكاملة يخففان الكثير من الأضرار حتّى كأنها لا وجود لها»[(٤)]. وكذلك قال الدكتور وهبة الزحيلي وزاد اقتراح «معاقبة من يظلم زوجته،

---

(١) وقد نبه الله المسلمين على هذا فقال: «ولن ترضى عنك اليهود ولا النصارى حتّى تتبع ملتهم، قل إن هدى الله هو الهدى، ولئن أتبعت أهوائهم بعد الذي جاءك من العلم مالك من الله من ولي ولا نصير» (البقرة: ١١٩).

(٢) سورة المائدة، الآية ٥٢.

(٣) الإسلام عقيدة وشريعة: ٢٠٤.

(٤) ينظر المرأة بين الفقه والقانون: ٩٢.

أو يقصر في حقوقها، أو يهمل تربية أحد أولاده، فمن فرط في واجبه يؤاخذ في الدنيا والآخرة»[١].

والخطوة الثّانية: هى التدخل القضائي لضمان الشرط الذي من أجله أقر الله تعالى تعدد الزوجات، وهو شرط الأمن الجور في حق الزّوجات ويكون في مرحلتين:

– مرحلة ما قبل الزَّواج بأكثر من واحدة، ومرحلة ما بعده. فأما في المرحلة الأولى فيبحث القضاء عن قدرة الزّوج على تحقيق العدل في القسم بين الزوجات. وإذا كان من الصعب أن يجعل هذا شرطاً قانونياً لكون العدل أمراً معنوياً لا يمكن التحقق منه إلا بالممارسة؛ فإنّه يستطيع التقرب من هذا بالتدخل لبحث قدرته على الإنفاق على أكثر من زوجة إذا كان يريد أن يتزوج الثّانية وعلى أكثر من زوجتين إن كان يريد أن يتزوج الثّالثة وهكذا. وبهذا تكون استطاعة الباءة هى المقياس الذي يعتمده القاضي في الإذن أو المنع من التعدد باعتباره مسؤولاً عن مراعاة المصلحة. فإن من كان يملك القدرة المالية الكافية لإعالة أكثر من زوجة واحدة فإنّه يمكنه أن يعدل في القسم بين زوجاته.

وفى المرحلة الثّانية؛ وهى مرحلة ما بعد الزَّواج بأكثر من واحدة؛ يتدخل لحماية حقوق الزوجة الأولى التي كانت تنعم بها أول مرة حتّى لا يميل الزّوج كل الميل فيذرها كالمعلقة. قال الشّيخ شلتوت: «يجد القانون سبيله إلى من تزوج فعلاً بالثانية أو الثّالثة ووقع منه الجور على إحدى زوجاته، وأعلنت الحاكم بضررها، وعندئذ يتدخل القانون بالردع والزجر بالحكمين، وما رسم الله من طرائق الوفاق بين الزّوجين»[٢].

ولا شك أن هاتين الخطوتين وهما التوعية الدينية المستديمة للأمة، والمراقبة القضائية لحماية حقوق الإنسان؛ تتحقق بهما مصلحة الأزواج وزوجاتهم وأبنائهم وتدفع بهما أضرار

---

(١) ينظر الفقه الإسلامى وأدلته: ج٧/ ١٧٣.

(٢) الإسلام عقيدة وشريعة: ١٩٢.

التعدّد ومفاسده التي سببها سوء سلوك النَّاس وممارستهم. فقد أكد الدكتور أحمد الريسوني أن «للتعدد أضراره ومتاعبه قديماً وحديثاً، لكن هذه الأضرار في الغالب الأعم أقل من المصالح التي يحققها، والمضار التي يدفعها. كما أنها من الأضرار التي يمكن تلافيها أو تقليلها على الأقل حتّى تصبح ضئيلة أمام الكفة الأخرى. وتلافيها أو تقليلها، منه ما يكون بالتوعية والتربية، ومنه ما يكون بتشديد الإجراءات القانونية والقضائية الرادعة. وكل ذلك بالقسط الذي قامت به السماوات والأرض وأنزلت به الرسالات»[1].

(١) ينظر مقال «الفكر المقاصدي بين محمّد الطّاهر بن عاشور وعلاء القاسي»، نشر مجلة الهدى عدد ٢٤/ ١٥.



الفصل الثّالث

الاجتهاد الإنشائيّ في النّفقة المتراكمة وفي الطّلاق

المبحث الأول: حكم النّفقة المتراكمة في ذمة الزوج

المبحث الثّاني: حكم إسناد الطّلاق إلى القاضي

المبحث الثّالث: حكم الاستعاضة عن الطّلاق التعسفي



المبحث الأول

حكم النّفقة المتراكمة في ذمة الزوج

توطئة:

ليس موضوع هذا المبحث هو هل يكون ما أنفقته المرأة على نفسها منذ امتناع زوجها عن الإنفاق الواجب عليه ديناً في ذمته أم لا؟ فهذا السّؤال أجاب عنه الفقهاء قديماً بالإيجاب[1]، وعملت بقولهم بعض قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة[1]، ولكن موضوعه

(١) اتفق الإمامان مالك وأحمد ومعهما ابن حزم على أن الرّجل إذا امتنع عن الإنفاق على زوجته؛ كان ما تنفقه زوجته على نفسها مدّة امتناعه دينا عليه، على اختلاف بينهم في امتناعه لعذر أو لغير عذر. واشترط الحنفيّة لثبوت ما تنفق الزوجة على نفسها دينا في ذمة زوجها أن يحكم به القضاء.

فأما الحنفيّة فإن الرّجل عندهم إذا ترك الإنفاق على زوجته فإنّه لا يكون ما أنفقته المرأة على نفسها في مدّة امتناعه، دينا في ذمته حتّى يحكم لها القاضي بذلك. قال السرخسي: «ولو خاصمته امرأته في نفقه ما مضي من الزمان قبل أن يفرض القاضي عليه لها النّفقة؛ لم يكن لها شيء من ذلك عندنا. (.....) وأصل المسألة أن النّفقة لا تصير دينا إلا بقضاء القاضي أو بالتراضي عندنا». (ينظر المبسوط: ج ٥/ ١٨٤).

وأما الإمام مالك فإن الرّجل عنده إذا امتنع عن الإنفاق على زوجته لمانع عسره؛ لا يكو ما أنفقه زوجته على نفسها في هذه الحالة دينا عليه حتّى يكون امتناعه عن الإنفاق عليها مع كونه موسرا. جاء في المدوّنة الكبرى قول سحنون: «قلت: أرأيت إن كانت المرأة موسرة وكان الزّوج موسراً أو معسرا فكانت تنفق من مالها على نفسها وعلى زوجها ثم جاءت تطلب النّفقة (قال): لا شيء لها في رأيه فيما أنفقت على نفسها إذا كان الزّوج في حال ما أنفقت معسراً. وإن كان موسرا فذلك دين عليه». (ينظر المدوّنة الكبرى: ج٢/ ٢٥٩). وهذا قول ابن حزم أيضاً فإن صرح بأن (من منع النّفقة والكسوة وهو قادر عليه؛ فسواء كان غائبا أو حاضرا هو دين في ذمته). (ينظر المحلي: ج٩/ ٢٥٣، وج ١٠/ ٩١).

وأما الشافعيّ فإنّه يثبت استحقاق المرأة النّفقة الماضية، ويحسبها دينا على زوجها فقال: «إن كان حاضرا فلم ينفق عليها فطلبت فيما مضي فعليه نفقتها» (ينظر الأم: ج ٥/ ٩٦). =

هو البحث عن المدّة التي يحكم بنفقتها للزوجة. هل يحكم لها بالتعويض عمّا أنفقته على نفسها منذ امتناع زوجها عن الإنفاق عليها سواء طالت هذه المدّة أم قصرت، أم أن القاضي يحكم بالتعويض عن نفقة مدّة يقدرها؟ وهذه المسألة أجاب عنها الفقهاء قديماً ولكن جد فيها النظر.

= وأما المذهب الحنبليّ فقد حكى ابن قدامه أن في المسألة روايتين فيه؛ إحداهما مثل قول مالك والشافعيّ أن ما أنفقته المرأة على نفسها يثبت دينا في ذمة زوجها. والثاني مثل قول الحنفيّة أنّه لا يثبت دينا في ذمته إلا بحكم القاضي. قال: «ومن ترك الإنفاق الواجب لامرأته مدّة لم يسقط بذلك، وكان دينا في ذمته سواء تركه لعذر أو غير عذر في أظهر الروايتين وهذا قول الحسن ومالك والشافعيّ وإسحاق وابن المنذر. والرواية الأخرى تسقط نفقتها ما لم يكن الحاكم قد فرضها لها». (ينظر المغني: ج ٩/ ٢٤٩).

وأوضح ابن تيمية سبب هذا الاختلاف بقوله: «وأبو حنيفة يوافق على أنها لا تستحق عليها شيئا، لأن النّفقة تسقط بمضي الزمان عنده كنفقة الأقارب، وهو قول في مذهب أحمد. وأصحاب هذا القول يقولون: وجبت على طريقة الصلة فتسقط بمضي الزمان، والجمهور ومالك والشافعيّ وأحمد في المشهور عنه يقولون: وجبت بطريق المعاوضة فلا تسقط بمضي الزمان». (ينظر مجموعة الفتاوى: ج٣٤/ ٥١).

(١) تتفق أغلب قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة على أن ما تنفقه المرأة على نفسها من يوم يترك زوجها الإنفاق عليها؛ يكون دينا في ذمته لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء.

جاء في الفقرة الأولى من المادّة السّادسة (من أحكام النّفقة) من قانون الأحوال الشخصيّة المصري المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥: «تعتبر نفقة الزوجة دينا على الزّوج من تاريخ امتناعه عن الإنفاق مع وجوبه ولا تسقط إلا بالأداء أو بالإبراء».

وجاء في الفقرة الأولى من المادّة الثّامنة والسبعين من قانون الأحوال الشخصيّة السورى: «يحكم للزوجة بالنّفقة من تاريخ امتناع الزّوج عن الإنفاق الواجب عليه».

وجاء في الفقرة الأولى من المادّة الرّابعة والعشرين من قانون الأحوال الشخصيّة العراقي: «تعتبر الزوجة غير الناشز دينا في ذمة زوجها من وقت امتناع الزوجة عن الإنفاق».

وجاء في الفقرة الأولى من المادّة ٧٨ من قانون الأحوال الشخصيّة الكويتي «تعتبر نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع عن الإنفاق مع وجوبه دينا على الزّوج لا يتوقف على القضاء أو التراضي، ولا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء مع مراعاة الفقرة التالية: «ولا تسمع الدعوى بها عن مدّة سابقة تزيد على سنتين نهايتها تاريخ رفع الدعوى إلا إذا كانت مفروضة بالتراضي».

أولاً: آراء وأدلة الفقهاء قديماً في المسألة:

اختلف الفقهاء قديماً في حكم طلب الزوجة استرداد نفقتها منذ ترك زوجها الإنفاق عليها على قولين اثنين:

أحدهما: أن الرّجل يؤدي لزوجته النّفقة عن المدّة التي ترك فيها الإنفاق الواجب عليه كلها وهو قول مالك والشافعيّ ورواية عن أحمد وقول ابن حزم.

فبالنّسبة للمذهب المالكيّ فإن إلزام الزّوج بالنّفقة الماضية مقيد بيسره. جاء في المدوّنة الكبرى: «قلت: أرأيت إن أنفقت وهو غائب موسراً، أتضرب بنفقتها مع الغرماء؟ قال: نعم[1] وجاء فيها أيضاً: «قلت: أرأيت إن أنفقت على نفسها وعلى ولدها والزوج غائب ثم طلبت ذلك؟ (قال مالك): ذلك لها إن كان موسراً يوم أنفقت على نفسها وعلى ولدها إذا كانوا صغار أو جواري أبكار حضر أو لم يحضر، وهو رأيي»[2].

ظاهر النَّص الأوّل أنّه يحكم للزوجة باسترداد ما أنفقته على نفسها عند غيبة زوجها، ويترتب ديناً في ذمته. ويظهر من النَّص الثّاني تقييد هذا الحكم بكون الزّوج موسراً، فيحصل أن الحكم الأصلي في المسألة عند الإمام مالك هو أن الزوجة تضرب بنفقتها مع الغرماء، ويحكم لها بأخذها من زوجها إذا كان موسراً.

وبالنّسبة لمذهب الشّافعيّة نصَّ الإمام الشافعيّ على أن الزّوج إذا «غاب عنها زماناً فتركت طلب النّفقة بغير إبراء له ثم طلبتها؛ فرض لها من يوم غاب عنها (...). وكذلك أن كان حاضراً فلم ينفق عليها فطلبت فيما مضى فعليه نفقتها»[3].

ظاهر هذا النَّص أن الأصل في المسألة عند الإمام الشافعيّ أن المرأة تجاب لطلبها النّفقة عن المدّة الماضية منذ ترك زوجها الإنفاق الواجب لها عليه سواء تركها حاضراً أم غائباً،

---

(١) المدونة الكبرى: ج ٢/ ٢٦٠.

(٢) المصدر نفسه.

(٣) ينظر الأم: ج ٥/ ٩٦.

معسراً أم موسراً. يؤكد هذا قوله: «وإن كانت عليه ديون ضربت زوجته مع الغرماء بالنّفقة الماضية التي حسبها لأنه حق لها»[١]. ويفهم من قوله في النَّص الأوّل «فتركت طلب النّفقة بغير إبراء له منها»؛ إن الزوجة إذ أبرأت زوجها مما ترتب من حقها عليه لا تستحق شيئا.

وبالنّسبة للمذهب الحنبليّ فإن أظهر الروايتين فيه أن «من ترك الإنفاق الواجب لامرأته مدّة لم يسقط بذلك، وكان ديناً في ذمته سواء تركه لعذر أو لغير عذر»[٢] وهذا هو الحكم نفسه عند الإمامين مالك والشافعيّ.

وبني هؤلاء قولهم في المسألة على ما يلي:

١ - إن النّفقة حق للزوجة أوجبها الشّرع على الزّوج فثبت في ذمته ما دامت الزوجيّة قائمة. نقل ابن قدامة عن ابن المنذر[٣] قوله: «هذه نفقة وجبت بكتاب الله[٤] والسُّنّة[٥] والإجماع ولا يزول ما وجب بهذه الحجج إلا بمثلها[٦] ففيه تأكيد استحقاق الزوجة نفقتها ما دامت الزوجيّة قائمة بينهما. وأنها لا تسقط بمضي الزمان، إلا أن يرد الحكم بسقوطها في نصّ شرعيّ، وهذا غير موجود.

٢ - ما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم يأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى[٧]. فهو صريح في ثبوت ما أنفقته الزوجة على نفسها من حين غيبة زوجها ديناً عليه.

---

(١) ينظر الأم: ج ٥/ ١١٥.

(٢) ينظر المغني: ج ٩/ ٢٤٩.

(٣) هو أبو إسحاق المدني؛ إبراهيم بن المنذر الحزامي، روى عن مالك وابن عيينة، وروى عنه البخاري وابن ماجه، ترجمته في تهذيب التهذيب ج ١/ ١٤٥ رقم ٣٠٠.

(٤) يعني قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (البقرة ٢٣١).

(٥) يعني قوله صلّى الله عليه وسلّم في خطبة حجة الوداع: «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهم بالمعروف». أخرجه الإمام مسلم في صحيحه: كتاب الحج، والترمذي في سننه، كتاب النّكاح، رقم الحديث ١١٥٩.

(٦) ينظر المغني: ج٩/ ٢٥٠.

(٧) ذكره عبد الرازق في مصنفه: ج ٧/ ٩٣، والبيهقي في السنن الكبرى: ج ٧/ ٤٦٩.

والقول الثّاني: أنّه ليس لها من النّفقة الماضية إلا من يوم يحكم القاضي لها بها وهو قول الحنفيّة. واحتجّ له السرخسي بـ«أن النّفقة صلة، والصلات لا تتأكد بنفس العقد ما لم ينضم إليها ما يؤكدها كالهبة أو الصدقة من حيث إنها لا تتم إلا بالقبض. (...) فعرفنا أن طريقه طريق الصلة، وتأكدها إمّا بالقضاء أو بالتراضي. ولأن هذه نفقة مشروعة للكفاية، فلا تصير ديناً بدون القضاء كنفقة الوالدين والمولودين لا تصير ديناً بمجرد مضي الزمان، فكذا هنا»[1]. وهذا ما اختاره الشّيخ محمّد أبو زهرة ودعا إلى العمل به وبقوله: «وعندي أن الأولى هو الرجوع إلى مذهب أبي حنيفة»[2].

ثانياً: آراء الفقهاء المعاصرين في المسألة:

اختلف الفقهاء المعاصرون في المسألة وتوزعت آراؤهم على قولين:

أحدهما: أن النّفقة تجب للزوجة على زوجها عن المدّة الماضية كلها، أي من يوم ترك الإنفاق عليها لا ينقص منها شيء. وهو ما سارت عليه مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة فنصت في الفصل الواحد والعشرين ومائة على أنّه «يحكم للزوجة بالنّفقة من تاريخ إمساك الزّوج عن الإنفاق الواجب عليه ولا تسقط بمضي المدة». وجاء في الفصل الثّاني والأربعين من مجلة الأحوال الشخصيّة التونسيّة أنّه «لا تسقط نفقة الزوجة بمضي المدة». وجاء في الفقرة (أ) من المادّة الرّابعة والعشرين من قانون الأُسرة العراقي أنّه «تعتبر نفقة الزوجة غير الناشز ديناً في ذمة زوجها من وقت امتناع الزّوج عن الإنفاق». وورد في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون أن ما ذهبت إليه هذه الفقرة هو ما عليه القضاء الجعفري[3].

وليس هذا الحكم مخصوصاً بالمذهب المذكور بل هو قول الأئمة الفقهاء جميعاً باستثناء الحنفيّة الذين أضافوا تقييده بحكم قضائي. ويؤخذ من ظاهر ما ورد في قانون الأُسرة

(١) المبسوط: ج ٥/ ١٨٤.

(٢) الأحوال الشخصيّة: ٢٦٨.

(٣) ينظر أحكام الأحوال الشخصيّة في العراق: ٦٦.

العراقي هنا أنّه يستثنى من الحكم المذكور كون الزوجة ناشزاً، فإن نشوزها موجب سقوط نفقتها عند جمهور الفقهاء.

والقول الثّاني: إن الأصل في النّفقة الماضية أنّه تكون ديناً قوياً في ذمة الزّوج لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، لكن عند رفع دعوى المطالبة بها فإن القاضي يحدد مدّة يحكم بنفقتها للزوجة ولا يحكم لها بالنّفقة عن المدّة الماضية كلها التي امتنع فيها زوجها عن الإنفاق.

وإلى هذا القول ذهبت غالبية قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة فعندها أن الأصل في المسألة أن ما أنفقته المرأة على نفسها منذ امتناع زوجها عن الإنفاق عليها يثبت ديناً في ذمة زوجها، لكنها قضت لها بالنّفقة فقط عن مدّة اختلفت في تقديرها.

فجاء في الفقرة السّادسة من المادّة الأولى من قانون الأُسرة المصري ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أنّه «تعتبر نفقة الزوجة ديناً على الزّوج من تاريخ امتناعه عن الإنفاق مع وجوبه، ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء» وأنه «لا تسمع دعوى النّفقة عن مدّة ماضية لأكثر من سنة نهايتها» تاريخ رفع الدعوى[1] وجاء في الفقرة (أ) و (ب) من المادّة الثّامنة والسبعين من قانون الأُسرة السوري أنّه «يحكم بالنّفقة من تاريخ امتناع الزّوج عن الإنفاق الواجب عليه». وأنه «لا يحكم

---

(١) بالنّسبة للقانون المصري فقد تطور رأيه في المسألة فكان العمل بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على أن النّفقة تثبت دينا في ذمة الزّوج منذ امتناعه عن الإنفاق الواجب عليه، ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء فجاء في المادّة الأولى منه أنّه «تعتبر نفقة الزوجة التي سلمت نفسها لزوجها ولو حكما، دينا في ذمته من وقت امتناع الزّوج عن الإنفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض منها ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الإبراء». وهذا قول الأئمة الثلاثة مالك والشافعيّ وأحمد، فإنهم لم يقيدو استحقاق الزوجة النّفقة الماضية بحكم قضائي، لكن لما كان في القضاء لها باستحقاق ما تراكم من نفقتها في ذمة الزّوج وإرهاقاً وحرجاً لهم، وبفعل كيد النّساء بادعائهن عدم الإنفاق مدّة طويلة، تم منع سماع الدعوى بعدم الإنفاق عن مدّة تتعدى ثلاث سنوات.
ولاحظ الشيخ محمّد أبو زهرة أن «مدة الثلاث سنين طويلة ترهق الزّوج وتتسع لكذب الكاذبات. (ينظر الأحوال الشخصيّة: ٢٦٨). ثم عدلت هذه السنين الثلاثة إلى سنة واحدة في الفقرة المذكورة أعلاه».

بأكثر من نفقة أربعة أشهر سابقة للإدعاء»[1] ونص قانون الأُسرة الجزائريّ في المادّة الثمانين على أن الزوجة «تستحق النّفقة من تاريخ رفع الدعوى، وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناءً على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى» وجاء في المادّة السّابعة والثمانين من قانون الأُسرة الكويتي:

أ- تعتبر نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع عن الإنفاق مع وجوبة ديناً على الزّوج لا يتوقف على القضاء أو التراضي ولا يقسط إلا بالأداء أو الإبراء مع مراعاة الفقرة التالية:

ب- ولا تسمع الدعوى بها عن مدّة سابقة تزيد على السنتين نهايتها تاريخ رفع الدعوى إلا إذا كانت مفروضة بالتراضي، ونص مشروع القانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة في المادّة الثّالثة والخمسين على أنّه «لا يحكم للزوجة بأكثر من نفقة سنتين سابقتين على المطالبة القضائية ما لم يتفق الزوجان على خلاف ذلك» وجاء في وثيقة الكويت للأحوال الشخصيّة أنّه «لا يحكم بأكثر من نفقة سنة سابقة على المطالبة القضائية ما لم يتفق الزوجان على خلاف ذلك».

هذا ما جاء في قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة التي تناولت المسألة، فإنّها اتفقت على أحقية المرأة في استرداد ما تجمد لها في ذمة زوجها من نفقة باعتباره ديناً قوياً عليه. لكنها في غالبها لم تقض لها بكل نفقتها الماضية؛ فقانون الأُسرة المصري والجزائريّ ووثيقة الكويت للأحوال الشخصيّة قضوا لها بنفقة سنة واحدة. وقانون الأُسرة الكويتي ومشروع القانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة قضيا لها بنفقة سنتين وقانون الأُسرة السوري قضى لها بنفقة أربعة أشهر سابقة لرفع الدعوى.

---

(١) لم يعد القضاء السوري النّفقة الماضية دينا قوياً في ذمة الزّوج بل جعله دينا ضعيفاً يقسط بالتقادم وإن أقربه المدين فقرر أن «النّفقة الزوجيّة من الحقوق الدورية المتجددة، وتتقادم بمرور خمس سنوات ولو أقر بها المدين». ينظر المبادئ القانونية: (٢٦١). كما قرر أن «تخلف الزّوج عن دفع النّفقة المتراكمة المقضي بها للزوجة، والتي تصبح دينا في ذمة زوجها، لا يبرر حبس الزوجة نفسها عن زوجها ورفضها مساكنته». (قرار ١٨٠/ ١٩٣ في ٠٩/ ٠٥/ ١٩٦٩).

وهذا التحديد بمدة مقدرة لم يرد عن أحد من الفقهاء قديماً. وقد دعا إليه ما حصل من حرج للرجال بسبب كيد بعض النّساء لهم في هذه المسألة. ذلك أن الحكم لهن باستحقاقهن ما تجمد لهن في ذمة أزواجهن من النّفقة؛ «فتح الباب لكثير من النّساء اللائي يكذبن في دعواهن عدم الإنفاق في آماد طويلة سابقة على الدعوى»[1] وهو «الأمر الذي يرهق الزّوج ويحرجه، وقد يستنفذ ثروته أو رأسماله، فقد رئي من العدل تحديد المدّة السابقة للدعوى التي يمكن للزوجة أن تطالب بنفقتها عنها»[2] فجاء التحديد سداً لذريعة كيدهن. وبه يحترز من أن «تتراكم ديون النّفقة ويبادر صاحب الحق في المطالبة بما يسهل على القضاء حسم النزاع»[3].

ثالثاً: خلاصة:

ما يمكن أن نجمله هنا بعد عرض آراء الفقهاء في المسألة وما انبنى عليه قول كل فريق منهم فيها، هو أن قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة بإعطائها المرأة الحق في المطالبة باسترداد ما تراكم في ذمة زوجها من النّفقة؛ قد أنصفت المرأة إذ لا معنى لأن تجبر على أن تنفق على نفسها وولدها أو تكون كله على أهلها وهي متزوجة. ثم إنها بتحديدها المدّة التي تأخذ عنها نفقتها المتجمدة؛ قد أنصفت الرّجل لأن النّفقة الزوجيّة هي من أجل الحاجة، فإذا ترك الزّوج الإنفاق على زوجته وسكتت هي عن مطالبته بها مدّة طويلة؛ كانت كأنها راضية بهذا الوضع الذي هي فيه فلا يقضي لها بنفقتها من تاريخ امتناع زوجها عن الإنفاق سداً لذريعة إحراج الرجل[4]. ولقد أحسن مشروع القانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة صنعاً بأن استثنى من الحكم بتحديد المدّة التي يقضي للزوجة بالتعويض عن نفقتها، حالة اتفاق زوجها معها

---

(١) ينظر الأحوال الشخصيّة ٢٦٧.

(٢) ينظر المجلة العربيّة للفقه والقضاء: عدد ٢/ ٨٨.

(٣) ينظر تشريعات الأحوال الشخصيّة للمسلمين: ٤٩.

(٤) ليست كل النّساء من هذا الصنف يود الكيد للرجال، فإن منهن من يستحيين أن يقفن أمام المحاكم، ومنهن من يجهلن حقوقهن، ومنهن من يطالبن بحقوقهن فلا يصح التعميم.

على خلافها، فإذا رغب زوجها في دفع نفقتها عن المدّة التي امتنع فيها عن دفع نفقتها فله ذلك.

ويبدو أن المدّة المناسبة لرفع دعوى المطالبة بالنّفقة هي ستة أشهر، إذا ترك الزّوج الإنفاق عليها فيها طالبته بها، لتأخذ حقها منه وتعرف وضعها الذي صارت إليه، أخذاً بعمل عمر بن الخطاب رضي الله عنه في المسألة إذ طالب الأجناد بأن يبعثوا بنفقة زوجاتهم أو يطلقوا.

المبحث الثّاني

حكم إسناد الطّلاق إلى القاضي

توطئه:

يقصد بإسناد الطّلاق إلى القاضي نزع حق الزّوج في الطّلاق وجعله بيد القاضي، بحيث تكون له الكلمة الفاصلة بين قبوله أو رفضه. وتبقى هذه الصيغة هي الوحيدة لافتراق الزّوجين[1] وهذا إجراء جديد ناقشه الفقهاء المعاصرون.

أولاً: آراء الفقهاء المعاصرين في المسألة:

يعود تاريخ الدّعوة إلى نزع حق الرّجل في الطّلاق وإسناده إلى القاضي إلى بداية القرن العشرين[2] لكن تقنينه تم مع بداية النّصف الثّاني من هذا القرن؛ ويعد قانون الأُسرة العراقي

---

(١) جاء في مشروع خطة العمل الوطنية لإمداح المرأة في التنمية أنّه «بإقرار الطّلاق القضائي كوسيلة وحيدة لفسخ عقد الزّواج، سيساهم المشروع المغربي في تعزيز مؤسسة الزّواج، لأنه سوف يضع حداً للتجاوزات ولعدم استقرار وضعية المرأة والأطفال داخل هذه المؤسسة» (وينظر مشروع الخطة: ١٢٧).

(٢) ذكر الصابوني في كتابه مدى حرية الزّوجين في توقيع الطّلاق: ج ١/ ١٠٥ أن «هناك محاولات بذلت في مصر عام ١٩١٦ لتقييد حق الرّجل بطلاق زوجته، لكنها لم تلق النجاح لاعتراضات قوية ونقد تناوله رجال الفقه في ذلك الوقت».

وفى ٢٥ أكتوبر ١٩٢٦ قدم مشروع قانون الأحوال الشخصيّة المصري «نص فيه على عدم جواز الطّلاق إلا بإذن القاضي إلا أنّه قوبل بمعارضة شديدة ولذلك فإن قانون ١٩٢٩ صدر خلوا من ذلك». (ينظر الوسيط في شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة: ٤٠٨).

وفى سنة ١٩٤٤ نادي الاتحاد النسائي العربيّ بالقاهرة بـ «إعطاء المرأة حق الطّلاق ومنع وقوع الطّلاق إلا أمام القاضي». (ينظر كتاب الأُسرة ومشكلاتها: ١٨٩).

وفي صيف ١٩٩٨ قام بعض أعضاء مجلس الشورى المصري باقتراح تقييد الطّلاق بحكم من المحكمة. (ينظر جريدة الراية عدد ٣٠٨ في يوليو ١٩٩٨).

أول قانون في البلدان العربيّة[1] ربط إيقاعه بإذنه إذ عمل به في سنة ١٩٥٩ لكنه ألغي فيما بعد[2] ولا يزال العمل به في بعض قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة. جاء في الفصل الثلاثين من مجلة الأحوال الشخصيّة التونسيّة أنّه «لا يقع الطّلاق إلا لدى المحكمة». وجاء في المادّة الثّامنة والعشرين من قانون الزّواج والطّلاق الليبي رقم ١٠ لسنة ١٩٨٤ أن «الطّلاق حل عقدة الزّواج، وفي جميع الأحوال لا يثبت الطّلاق إلا بحكم من المحكمة المختصة».

ويعد الأستاذ عبد النبي ميكو من المغرب أبرز من ذكر الأدلة التي بنى عليها قوله في المسألة، ضمنها كتابة: «الوسيط في شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة» وأما غيره ممن سبق ذكرهم فعرضوا الفكرة عارية من أي دليل. ومما بنى عليه قوله فيها أمور هي:

١ - حديث ابن عمر رضي الله عنهما: أنّه طلق امرأته وهي حائض[3] فهو «يدل على وجود الرقابة على شؤون الطّلاق من أولياء الأمر»[4] إذ فيه أن رسول الله (صلّى الله عليه وسلّم) لم يرض على طلاقه وأمره بمراجعة زوجته حتّى يطلقها في فترة طهرها.

---

(١) وظهرت الفكرة في تونس على يد الطّاهر الحداد فدعا إليها في كتابه: «امرأتنا في الشريعة والمجتمع: ٧٦» وكذلك ظهرت في المغرب فكان الأستاذ عبد النبي مبكو من الدعاة إليها بقوله: «إني مبدإ الطّلاق أذهب إلى ضرورة أن يصبح بيد القضاء» «ينظر كتابه: الوسيط في شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة: ٣٩٨ و ٤٠١، ثم أعلن اتحاد العمل النسائي في المغرب عبر جريدته ٨ مارس عدد ٥٧ سنة ١٩٩٢.
وفي مارس ١٩٩٩ أصدرت كتابة الدّولة المكلّفة بالرعاية الاجتماعيّة والأسرة والطفولة التابعة لوزارة التنمية الاجتماعيّة والتضامن والتشغيل والتكوين المهني ما سمنه «مشروع خطة العمل الوطنية لإدماج المرأة في التنمية» جاء فيه أنّه «بإقرار الطّلاق القضائي كوسيلة وحيدة لفسخ عقد الزّواج سيساهم المشروع المغربي في تعزيز مؤسسة الزّواج». (ينظر مشروع الخطة: ١٢٨ - ١٢٩).

(٢) تم الاحتراز بالبلدان العربيّة لتخرج تركيا فإنّها بدورها فرضت إيقاع الطّلاق بإذن القاضي. (ينظر كتاب: حقوق الزّوجين: ٤٧ هـ ١٦).

(٣) ينظر الوسيط في شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة: ٤٠٨.

(٤) سبق تخريجه في مبحث طلاق الحائض.

٢- القياس:

تساءل الأستاذ عبد النبي ميكو «ألا يجوز أن نقيس على حالات التطليق[١]، الطّلاق الذي يملك الزّوج فيه هذا الحق فيقال بنقله من الزّوج إلى القاضي بناءً على ما يرى في الأمر من أسباب شرعيّة؟»[٢].

٣- قاعدة رفع الضرر:

ذكر الأستاذ عبد النبي ميكو أن إسناد الطّلاق إلى القاضي «ليس غريباً عن الإسلام[٣]، إذ أنّه يأخذ بمبدأ لا ضرر ولا ضرار، وأن الصالح العام يقدم على الصالح الخاص، وأن الضرورات تبيح المحظورات، وأن الحكم يدور مع العلة وجوداً وعدماً»[٤].

هذا ما بنى عليه القائلون بإسناد الطّلاق إلى القاضي رأيهم. وذكروا أن به تحقيق المصلحة العامّة في المجتمع، وهو الذي تدل عليه القواعد الشرعيّة. وهذا – كما قال الدكتور نور الدّين عتر – «كان من دهاء بعضهم أن تظاهر بالحرص على حكم الشريعة، والتمسك بدعوة

---

(١) يراد بالتطليق الفرقة التي يحكم بها القاضي.

(٢) الوسيط في شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة: ٤٠١.

(٣) كذلك قال التونسي الطّاهر الحداد من قبل إن وضع الطّلاق بيد المحكمة ليس غريباً عن الإسلام. وصرح بأنّه يستهدى في المسألة– نظراً لعدم وجود نصّ صريح يعمل به – بالأصول العامّة في الإسلام ومنها تقديم الضرر الخاص على الضرر العام فقال: «إن حق الفرد محترم نافذ مالم يعد استعماله بالضرر على الأمة. فإذا سلمنا أن في تأسيس محاكم الطّلاق سلباً حقيقياً لحق الرّجل فيه؛ فإن في تأسيسها سلامة العائلة والمجتمع من التفكك والموت، وهنا يجب أن يضع حق الفرد أمام حق المجتمع. ويكفينا دليلاً على هذا في الإسلام أن في قواعده جواز قتل ثلث الأمة لإصلاح ثلثيها إذا تعين ذلك طريقاً للإصرح، وهذا ما أخذ به مالك بن أنس إمام دار الهجرة أساسا لمذهبه». (ينظر كتابه: امرأتنا في الشريعة والمجتمع: ٧٦).

(٤) الوسيط في شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة: ٤٠٦.

الاجْتهاد في الإسلام، فأخذ يستدل ببعض القواعد الشرعيّة استدلالاً فاسداً[١]، يفسرها به على غير وجهها ويضعها في غير موضعها»[٢].

ثانياً: مناقشة فكرة إسناد الطلاق للقاضي:

١- مناقشتها من حيث أصلها وتطور الدّعوة إليها:

من خلال ما عرضه بعض الدارسين لهذه المسألة أن الأصل فيها إتباع الأجنبي وتقليده[٣]. قال الشّيخ أحمد محمّد شاكر: «في هذا العصر قام المجردون الهدامون بغضاء الإسلام ودعاة الفتنة[٤] يكتبون في الطّلاق في الإسلام وينتقدون أحكامه على غير علم ولا

---

(١) كثر الادعاء في هذا العصر باعتماد المقاصد الشرعيّة والمصلحة في الأمور كلها، حتّى صارت مطية للقول بأفكار مخالفة للشرع، منها نزع حق الزّوج في الطّلاق. قال التونسي الطّاهر الحداد: «كان حتما علينا لو توقفنا إلى الخير أن نؤسس محاكم الطّلاق نحفظ بها مقاصد الشريعة الإسلاميّة التي تتطلب هذه المحاكم بطبيعة الحال لرعاية نصوصها وحمل النّاس عليها». (ينظر كتابه: امرأتنا في الشريعة والمجتمع: ٧٤) وقالت إحداهن: «لا يعقل أن تظل تجربة تاريخية محدودة القرن الأولى للإسلام حيث تشكلت الاجتهادات الفقهيّة الأساسية» عنواناً لتاريخ طويل مركب. إن المصالح المرسلة تدفعنا إلى أن نفتح أعيننا على الوقائع، في القواعد الفقهيّة التي تناسبها من أجل أن نكون أوفياء لمبدأ الاجتهاد» (ينظر كتابها الأُسرة المغربيّة ثوابت ومتغيرات:٦٨).

(٢) قال الأستاذ/ أبو الأعلى المودودي: «بعض النّاس يريدون أن يقلدوا أهل الغرب في النزاع سلطة الطّلاق من الرّجل وإعطائها للمحكمة مثلما حدث في تركيا» (ينظر حقوق الزّوجين: ٤٧ ه ١٤).

(٣) هؤلاء هم الذين وصفهم الدكتور نور الدّين عتر بأنهم «سفراء الفكر الأجنبي في بلاد الإسلام الذين حملوا ثقافته وتبنوا الدّعوة لمبادئه في الحياة والمنبهرين الذين أخذوا بمظاهر حضارته واستخذت نفوسهم أمامها راحوا يشوشون أفهام النّاس عن تشريع الطّلاق في الإسلام، فألصقوا التهم الباطلة بنظام الإسلاميّ، ولفقوا لع المعايب والمثالب بدعاية منظمة خبيثة ينعبون فيها بمشاكل الطّلاق وآثاره السيئة بزعمهم الباطل كلما هدأت في بلد ثارت في بلد آخر، وكلما أخمدتها الحجة في فترة راجعت نشاطها في فترة أخرى، كل ذلك للسير وراء الأجنبي في قوانين الطّلاق، وإلحاق الأمة بالتبعية» (ينظر كتاب أبغض الحلال: ١٥٥).

(٤) نظام الطّلاق في الإسلام: ٧٥.

بصيرة إلا الهوى وحب التقليد للإفرنج»[1].

ولئن كان الشّيخ محمّد عبده نادى بتطبيق هذه الفكرة بغية أن يسبق الطّلاق تحكيم الحكمين وتدخل القاضي للصلح[2]؛ فإن الفكرة أثيرت من بعده في المشرق[3] ثم في المغرب من أجل هدف آخر هو تحقيق المساواة بين الرّجل والمرأة في هذا الجانب[4] يؤكد هذا قول الأستاذ عبد النبي ميكو: «إن الزَّواج يقوم على أساس التراضي، ورضا الزوجة والزوج ضروري. ولذا فما دام هذا العقد وليد اتصال إرادتين فلا يعقل أن تتولى الإرادة الفردية إنهاءه»[5] ظاهر هذا القول الدّعوة إلى جعل إنهاء الزَّواج مشتركاً بين الزّوجين، بحيث لا يتم الطّلاق إلا إذا تراضى عليه الزوجان واتفقا عليه، وفي هذا نزع حق الرّجل في الطّلاق.

---

(١) صاغ الشّيخ محمّد عبده خمسة مقترحات لتنظيم الطّلاق قدمها في شكل مواد قانونية جاء في الخامسة منها أنّه «لا يصح الطّلاق إلا إذا وقع أمام القاضي أو المأذون أو بحضور شاهدين». وأوضح أن «ليس لمعترض أن يحتج بأن نظاماً مثل هذا يسلب الزّوج حقه في الطّلاق لأن حق الروح في الطّلاق باق على ماهو عليه الآن؛ فهو الذي يملك عصمة الزَّواج وأسباب الفراق لا تزال متروكة لتقديره وغاية ما في الأمر أننا اشتطنا أن يسبق الطّلاق تحكيم الحكمين ونصيحة القاضي. وليس في هذا تعد على حق من حقوق الزوج، وإنّما هو وسيلة للتروي والتبصير اتخذت لمصلحة المرأة وأولادها، بل ولمصلحة الزّوج نفسه، حيث نرى كثيراً من الأزواج يأسفون على وقوع الطّلاق منهم على غير رؤية ثم يضطرون إلى استعمال الحيل الدينية كالمحلل مثلاً لمداواة طيشهم». (ينظر الأعمال الكاملة للشيخ محمّد عبده: ج٢/ ١٢٦).

(٢) ذكر الأستاذ علي حسب الله أن مؤتمر للنساء المثقفات، «عقد برئاسة الوزيرة المصرية الدكتورة حكمت أبو زيد، فكانت توصيته العاشرة تنص على أن «ليس للزوج أن يطلق امرأته إلا أمام القاضي وبعد بيان الأسباب». والتوصية الحادية عشرة: «للزوجة أن تطلب من القاضي طلاقها دون بيان الأسباب» (ينظر الفرقة بين الزّوجين:١٧).

(٣) حمل الدّعوة إليها في المغرب اتحاد العمل النسائي في جريدته ٨ مارس عدد ٥٧ لسنة ١٩٩٢.

(٤) قال الأستاذ بدران أبو العينين بدران: «يدعو بعض النّاس إلى جعل الطّلاق بيد القاضي (...) وقالوا إن بذلك تسوي بين الرّجل والمرأة في الطّلاق». (وينظر الفقه المقارن للأحوال الشخصيّة: ٣٠٨).

(٥) الوسيط في شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة: ٤٠٥.

ويرد على هذا القول أنّه إذا كانت القاعدة في سائر العقود إنها تنجز باجتماع إرادتين وعقد الزَّواج أحدها؛ فإنّه يختلف عنها من حيث جواز إنهائه بإرادة واحدة[١] «وقد اقتضت الضرورة – كما قال الأستاذ علي حسب الله – فتح الباب لحل عقدته أحياناً كما قدمنا، فأباح الله ذلك للرجل وحده استثناء من تلك القاعدة. وما شرع للضرورة على سبيل الاستثناء لا يملك إلا الوجه الذي شرع به، ولا يصح التّوسع فيه، فلا يملك الطّلاق إلا الزوج، ولا يملك الطّلاق إلا الزوج، ولا يملك الزّوج منه إلا ما ملكه الله تعالى»[٢] وهذا ما خلص إليه أبو بكر الجصاص فذكر أن «حكم الطّلاق مأخوذ من آيات في الكتاب الكريم، لولاها لم يكن الطّلاق من أحكام الشرع»[٣].

وأيضاً يرد عليه أن في اعتماد هذا القول ضرراً بالزّوجين معاً، لأن الفراق سيصبح مستحيلاً. ذلك أنّه إذا تعذر استمرار الحياة الزوجيّة، ورغب أحد الزّوجين في الفراق ورفضه الطرف الآخر، فما عساه يكون العلاج؟ ومما يمنع اعتماده أن الذي يتحمل متطلبات الزَّواج هو الزّوج فلا يعقل ربط إنهائه برضاها.

نعم يمكن أن يتفق الزوجان على الفراق إذا اقتنعا بصعوبة استمرار علاقتهما الزوجيّة فيطلق الزّوج زوجته ليغني الله كلا من سعته ولكن الإقرار بهذه الحالة لا يعني أنها الأصل في المسألة. قال الأستاذ علي حسب الله: «قد يقال إن الزَّواج إنما يقصد لمصلحة الزّوجين. ولهذا لا ينعقد إلا باتفاق طرفين، واجتماع إرادتين. واستبداد أحدهما بحل عقدته إهدار لمصلحة الآخر؟، فيجب ألا يكون طلاق إلا باتفاقهما أو بحكم قضائي؛ فنقول: لا جدال في أن إيقاع الزّوج للطلاق إذا تم بعد أن هان كل من الزّوجين على صاحبه، واقتنعا بفساد العلاقة بينهما، واتفقا على الافتراق ليغني الله كلاً من سعته؛ لم يكن هناك محل للاعتراض، إذ لا يسع إنساناً

---

(١) ليس الزّوج وحده الذي يملك إنهاء عقد الزَّواج بطلاق زوجته، ولكن تملكه المرأة أيضاً عن طريق الخلع، أو برفع دعوى التطليق للضرر.

(٢) ينظر الفرقة بين الزّوجين: ٢٥.

(٣) ينظر أحكام القرآن للجصاص: ج ١/ ٣٨٠.

أن يقف حينئذ في طريقهما فيلزمهما بالإبقاء على الزوجيّة أو الافتراق على وجه بعينه، وكل تشريع يخالف هذا فهو ظاهر الفساد»[١].

ثم أخذت الفكرة بعداً آخر غير هذا، حيث صار الهدف من الدّعوة إلى جعل الطّلاق بيد القاضي، هو نزع حق الرّجل فيه، بدعوى أن فيه فرض سلطته على المرأة في هذا الأمر[٢].

٢ ـ مناقشة الفكرة من حيث موافقتها أو مخالفتها الشرع:

يظهر بالتتبع للنصوص الشرعيّة أن فكرة إسناد الطّلاق إلى القاضي فيها مخالفة للكتاب والسُّنَّة.

أ- أما مخالفتها للكتاب فتتجلى في كون الآيات القرآنية: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[٣] فهو خطاب الله تعالى لرسوله محمّد صلّى الله عليه وسلّم أوضح فيه الصورة الشرعيّة التي ينبغي أن يوقع عليها رجال أمته الطّلاق. قال القرطبي: «وقد قيل أنّه خطاب للنبي صلّى الله عليه وسلّم والمراد أمته (...) تقديره يا أيها النبي قل لهم إذا طلقتم النّساء فطلقوهن لعدتهن»[٤] ومنها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ

---

(١) الفرقة بين الزّوجين: ٦١-٦٢.

(٢) مما يدل على هذا ما عبرت عنه إحداهن بقولها: «إن سلطة تشييد وهدم الأُسرة مسألة رجولية وكل فصول المدوّنة المتعلقة بالزّواج والطّلاق تضع المرأة في مرتبة تابعة؛ فهي تصمت لتتزوج، وهي تنسحب من حياة الرّجل في إطار شرطه وبمحض إرادته ووفق مشيئة إن السيادة هنا إلغاء لذاتية المرأة وإعلاء من شأن الرّجل باعتباره درجة عليا في سلم الإنسان بالنّسبة للمشروع» (ينظر الأُسرة المغربيّة ثوابت ومتغيرات: ٥٥) وأصرح من هذا دعوة التونسي هشام جعيط إلى «إنهاء العمل في كل مكان بطلاق المرأة حسب رغبة الرجل» (نقلاً عن الأُسرة المغربيّة ثوابت ومتغيرات: ٦٨).

(٣) سورة الطلاق، الآية ١.

(٤) الجامع لأحكام القرآن: ج١٨/ ٩٩.

﴿ سَرَاحاً جَمِيلاً ﴾[١] فيه تشريع طلاق الزّوج زوجته من قبل أن يمسها بعد أن يفرض لها صداقها. ومنها قوله تعالى: ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ ﴾[٢] فهو صريح في أن أمر الطّلاق إلى الأزواج. ويقال هذا أيضاً في قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ عَزَمُواْ الطَّلاَقَ فَإِنَّ اللهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾[٣].

لقد نسب الله تعالى في هذه الآيات القرآنية فعل الطّلاق إلى الأزواج بقوله: ﴿ إِذَا طَلَّقْتُمُ﴾، وقوله: ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا ﴾ وقوله: ﴿ وَإِنْ عَزَمُواْ الطَّلاَقَ ﴾، وإن طلاقهم يحتسب عندما ينطقون بكلمته وأوضح ابن القيم أن الله تعالى «جعل الطّلاق لمن نكح لأن له الإمساك وهو الرجعة»[٤] وذكر الشّيخ محمّد الشّيخ الطّاهر بن عاشور أن قوله عزّ وجلّ: ﴿ الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾[٥]: هو استئناف لذكر غاية الطّلاق الذي يملكه الزّوج من امرأته، نشأ عن قوله تعالى: ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُواْ إِصْلاحاً ﴾[٦]، وعن بعض ما يشير إليه قوله تعالى: أعلن أن للنساء حقاً كحق الرّجال، وجعل للرجال عليهن درجة زائدة؟، منها أن لهم حق الطّلاق ولهم حق الرجعة لقوله: ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ ﴾[٧][٨].

ب- وأما مخالفتها للسنة فتظهر من خلال وقائع الطّلاق التي وقعت في عهده صلّى الله عليه وسلّم، وكذا طلاقه هو نفسه عليه الصّلاة والسّلام ابنة الجون. ثم ما روي أن رجلاً جاء

---

(١) سورة الأحزاب، الآية ٤٩.

(٢) سورة البقرة، الآية ٢٢٨.

(٣) المصدر نفسه، الآية ٢٢٥.

(٤) ينظر زاد المعاد: ج٥/ ٢٧٨.

(٥) سورة البقرة، الآية ٢٢٧.

(٦) المصدر نفسه، الآية ٢٢٦.

(٧) المصدر نفسه، الآية ٢٢٦.

(٨) ينظر التحرير والتنوير: ج٢/ ٤٠٣.

إلى النبي صلّى الله عليه وسلّم فقال: «يا رسول الله: سيدي زوجني أمته، وهو يريد أن يفرق بيني وبينها»، فجمع رسول الله صلّى الله عليه وسلّم المسلمين ثم صعد المنبر فقال: «يا أيها النّاس ما بال أحدكم يزوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينهما إنما الطّلاق لمن أخذ بالساق»[١]. فإنه صريح في إسناد الطّلاق إلى الزّوج لا إلى أحد غيره.

فهذه الأدلة الشرعيّة كلها تصرح بأن الطّلاق حق للزوج ملكه الله إياه وأحاطه بعدة ضوابط. وبها يرد ادعاء البعض أن إيقاعه من الأزواج ليس إلا تجربة تاريخية سابقة[٢].

إنه حق شخصي للأزواج لا يملك أحد غيرهم توقيعه إلا بتوكيل منهم وتفويض[٣]. وبها يرد أيضاً على من زعم أنّه «لا يوجد أي مانع في الشريعة الإسلاميّة لوضع الطّلاق بيد القضاء»[٤]. فالمانع موجود هو قضاء الله ورسوله صلّى الله عليه وسلّم. قال تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللهُ وَرَسُولُهُ أمراً أَن يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ ﴾[٥] إن كان الصدق في اتباع أمر الله ورسوله[٦].

---

(١) سنن ابن ماجه: كتاب الطّلاق رقم الحديث ٢٠٨١.

(٢) هذا ما زعمته كثرة المرابي في محاولة منها لاستغفال من لا يمحص الإفكار والأخبار فصاحت بأنّه «لا يعقل أن تظل تجربة تاريخية محدود القرون الولي للإسلام حيث تشكلت الاجتهادات الفقهيّة أساسية) عنواناً لتاريخ طويل مركب، إن المصالح المرسلة تدفعنا إلى أن نفتح أعيننا على الوقائع ونفكر في القواعد الفقهيّة القانونية التي تناسبها من أجل أن تكون أوفياء لمبدأ الاجتهاد» ٦٨.

(٣) هذا ما ورد في أغلب قوانين الأحوال الشخصيّة ومنها مدوّنة الأحوال الشخصيّة فإنّها صرحت في الفصل ٤٤ أن الطّلاق حل عقدة النّكاح بإيقاع الزّوج أو وكيله أو من فوض له ذلك ...

(٤) مقال باب الطّلاق أهم معضلة في المدوّنة لفاطمة المغاتوي عضوة المكتب التنفيذي لاتحاد العمل النسائي بالمغرب نشر جريدة الراية عدد ٣٠٨ في ٨ يوليوز ١٩٩٨.

(٥) سورة الأحزاب، الآية ٣٦.

(٦) لقد عابت كثرة المرابي على مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة تسليمها «بالأصل الأساسي المتضمن في السورة القرآنية (وللرجال عليهم درجة)، الأصل الذي يؤسس كل أحكام السيادة كما سبق توضيحها في النقط المتعلقة بالإنفاق وتأسيس الأُسرة ثم تدبير شؤونها ثم فك أوصرها بالطّلاق». (ينظر كتبها الأُسرة المغربيّة ثوابت ومتغيرات: ٥٥).

من هنا نخلص إلى أن في تقرير إسناد الطّلاق إلى القاضي: «سلب الزّوج حق الطّلاق بإرادته المنفردة، وهذا خروج على الشريعة الإسلاميّة بجميع مذاهبها»[١]. فإن الله تعالى لم يعط الرّجل حق الطّلاق تشريفاً له، ولكن أعطاه إياه باعتباره مسؤولاً عن أسرته مأموراً بحفظها وحمايتها.

٣- مناقشة الفكرة من حيث ما بنيت عليه من أدلة:

أ- أما الاستدلال لها بحديث عمر بن الخطاب في طلاق ابنه عبد الله رضي الله عنهما امرأته وهي حائض، فهو حديث صحيح يحتج به في باب طلاق الحائض، لكن الاحتجاج به لإثبات تقييد الطّلاق بإذن القاضي فبعيد، لأن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم لم يكن يراقب حالات الطّلاق التي كانت تقع في عهده، بقدر ما كان يصصح منها ما وقع على غير الصورة المسنونة. وظاهر هذا الحديث ان عمر بن الخطاب هو الذي جاء يستفسر رسول الله صلّى الله عليه وسلّم في شأن ابنه عبد الله الذي وقعه في فترة حيض امرأته. ثم إن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم في آخر الحديث أعطى الاختيار لعبد الله بن عمر - بعد إرجاعه امرأته وطهرها -؛ بين أن يمسكها أو يطلقها بقوله صلّى الله عليه وسلّم: «ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس». مما يفيد صراحة أن الطّلاق مما يختص به الأزواج.

ويمكن أن يؤخذ من الحديث - كما قال الأستاذ عبد النبي ميكو - «وجود الرقابة على شؤون الطّلاق من أولياء الأمر» بأن ترفع الزوجة او أحد أقارب الزّوجين الأمر إلى القاضي ليعلم مدى موافقة الطّلاق الشّرع أم لا، لكن هذا شيء ومسألة إسناد الطّلاق إلى القاضي شيء آخر. فالقول بمراقبة مدى موافقة الطّلاق الشّرع أو مخالفته ليس هو القول بتقييده بإذن أحد. ففي الصورة الأولى يكون للزوج حق الطّلاق كما هو محفوظ

(١) ينظر مدى حرية الزّوجين: ج/ ١/ ١٠٦.

له شرعاً، وفي الأخرى ينزع منه ذلك، وبهذا يبعد أن يكون حديث ابن عمر حجة لدعوى إسناد أمر الطّلاق إلى القاضي.

ب- وأما قياس الطّلاق الذي يملكه الزّوج على «حالات التطليق التي يقضي بها القاضي؛ بناءً على ما يرى في الأمر من أسباب شرعيّة»: فيرد عليه ما يلي:

- إن فيه إقرار بأحقية الزَّواج في الطّلاق، فبأي حق يسلب حقه الشخصي الذي ملكه الله إياه.

- ثم هو إعمال للقياس في غير موضوعه. إذ القياس يعمل حيث ينتفي النص. وهذه المسألة ورد فيها أكثر من نصّ يثبت أحقية الزّوج في الطّلاق. وإذا ثبت هذا، كان حق الزّوج في الطّلاق هو الأصل لأنه منصوص عليه في الكتاب والسُّنَّة، والأصل يقاس عليه. بينما القول بالقياس في هذه المسألة - عند الذين قالوا بتقييد الطّلاق بإذن القاضي - يجعل الفرع - الذي هو حالات التطليق التي يقضي بها القاضي - أصلاً. وليس هكذا يكون القياس.

- ويبنى على هذا الخطأ في استعمال القياس خطأ آخر، هو أن من احتجّ بالقياس هنا.

- بعد أن أقر بأن الطّلاق حق يملكه الزوج -؛ لم يبحث عن علة إسناد الطّلاق إليه، بل ذهب يبحث عنها في الفرع.

ج- وأما بناءً فكرة إسناد الطّلاق إلى القاضي على ما ورد ذكره من قواعد فقهيّة فيرد عليها ما يلي:

- بالنّسبة لقاعدة رفع الضرر، فإنّها مبدأ عام في الشريعة الإسلاميّة. والشريعة الإسلاميّة الحرج فيها مرفوع قبل التكليف لأنّها من لدن عليم حكيم. قال تعالى: ﴿ أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ ﴾[1]. فلم يرد في الشّرع ما فيه ضرر

---

(١) سورة الملك، الآية ١٤.

بالنَّاس لقوله تعالى: ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾[١]. وإن ما رخصت فيه الشريعة من أمر لسبب مقدر فمن أجل تثبيت العزائم لا من أجل إلغائها كما ذهبت إليه الذين قالوا بتقييد الطّلاق. فإنهم بندائهم بعدم الاعتداد بما يوقعه الزّوج من طلاق حتّى يأذن به القاضي؛ يتهمون الشريعة الإسلاميّة بأن فيها حرجاً على الناس، مع أن الله تعالى أعطى الأزواج حق الطّلاق ولم يجعله سبحانه الحل الأوّل لأي خلاف يقع بين الزّوجين، بل جعله آخر الدواء[٢] وقد جاء وصفه في القرآن بأن ﴿ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾[٣]. وأنه ﴿ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾[٤]، وأنه ينبغي أن يكون ﴿ سَرَاحاً جَمِيلاً ﴾[٥].

وعليه، فإن الأزواج إذا ما أساؤوا استعمال حقهم في الطّلاق فنتج عنه ضرر بالنّساء والأولاد، فينبغي البحث عن أسباب ذلك لمعالجتها لا معاقبتهم بنزع حقهم المشروع، وإلا تم إلغاء كل نظام – مهما كان صالحاً – بدعوى إساءة النَّاس استعماله. قال الدكتور مصطفى السباعي: «كل نظام وكل قانون في الدنيا لا بد من أن ينشأ عند تطبيقه بعض الأضرار لبعض الأفراد، ومقياس صلاح النظام أو فساده هو نفعه لأكبر قدر من النَّاس أو إساءته إليهم. وإذا قارنا بين حسنات إعطاء الرّجل حق إيقاع الطّلاق بسيئات نزع هذا الحق منه أو إشراك غيره معه فيه، رجحت عندنا كفة الحسنات على السيئات كثيراً. وهذا وحده كاف في ترجيح إعطاء الرّجل وحده حق الطّلاق»[٦].

---

(١) سورة الحج، الآية ٧٨.

(٢) لقد توسع في بيان أسباب كثرة الطّلاق ووصايا الإسلام في الحد منه الشّيخ محمود شلتوت في الفتاوى: ٣٠٧-٣٣١.

(٣) سورة البقرة، الآية ٢٢٩.

(٤) المصدر نفسه، الآية ٢٢٧.

(٥) سورة الأحزاب، الآية ٤٩.

(٦) المرأة بين الفقه والقانون: ١٣١.

من أجل هذا لم يكن رفع ضرر الطّلاق بتقييده بحكم القاضي؛ ولكن بالحرص على أن يوقعه الأزواج على الوجه المأذون به في الشرع.

- وبالنّسبة لقولهم بتقدير الصالح العام على الصالح الخاص؛ فإنّه قول بتقديم مصالح وهمية على مصلحة خاصة متحققة. ذلك أنّه لا يمكن الجزم بأن في تقييد الزّواج بإذن القاضي تحقيق مصلحة عامّة إلا بالتجربة. وقد دلت التجربة - كما سيأتي في هذا المبحث - على أن ليس في تطبيق هذه الفكرة مصلحة. ثم إن في القول بتحقيق الزّوج مصلحة خاصة حين يطلق زوجته؛ مبالغة؛ لأنه رب طلاق كان سببه الزوجة ويكون المتضرر منه هو الزوج.
- وبالنّسبة لبنائهم الفكرة على قاعدة الضرورات تبيح المحظورات فإن إباحة المحظور في الشريعة لا يكون مؤبداً، ولا يتحول إلى أصل، بل يبقى استثناء. والاستثناء يرتبط بفرد أو فئة في زمان ومكان معينين، ولا يعمم.
- وبالنّسبة لبنائهم الفكرة على أن الحكم يدور مع العلة وجوداً وعدماً، فهي قاعدة أصوليّة معتمدة، لكن يشترط فيها أن تكون العلة معلومة بنص أو اجتهاد معتبر، وأما إذا كانت علة حكم ما مجهولة أو تعبدية، فلا. وعلة إسناد الطّلاق إلى الرّجل غير معلومة بنص، وإن كان الشّيخ محمّد عبده اعتمد تعليل بعض الفقهاء الحنفيّة أن «الطّلاق منع عن النّساء لاختصاصهن بنقصان العقل ونقصان الدّين وغلبه الهوى»[1].

فبنى عليه حكمه ببطلان هذه الأسباب، - «لأن ذلك إن كان حال المرأة في الماضي فلا يمكن أن يكون حالها في المستقبل، ولأن كثيراً من الرّجال أحط من النّساء في نقصان الدّين والعقل وغلبة الهوى»[2]؛ فهو تعليل يلزم أصحابه ليس له ما ينص عليه.

---

(١) ينظر الوسيط في شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة: ٤٠١.

(٢) ينظر امرأتنا في الشريعة والمجتمع: ٧٦.

- ثم إن تحقيق مقاصد الشريعة يكون بالعمل بالنص الشرعيّ في المسألة لا بإلغائه. وأيضاً فإن مقاصد الشريعة تفيد في تطبيق النّصوص أو في التّشريع لنوازل لا نصَّ فيها من خلال المصالح المرسلة، أو في توجيه بعض الأحكام الشرعيّة من أجل تطبيق النَّص لا من أجل إلغائه.

٤- مناقشة الفكرة من حيث نتيجة تطبيقها:

يمكن أن نسجل هنا ملحوظتين اثنتين:

إحداهما: صعوبة تطبيق الفكرة: وتتجلى هذه الصعوبة عند المطالبة بإثبات الأسباب الداعية إلى الطّلاق، فإن منها ما يتعذر إثباته نحو الأسباب النفسية، ومنها كراهة الزّوج زوجته أو كراهتها إياه. وهي علة معتبرة في الطّلاق، لقوله تعالى: ﴿ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَن تَكْرَهُواْ شَيْئاً وَيَجْعَلَ اللهُ فِيهِ خَيْراً كَثِيراً ﴾[1]. ففيه الإقرار بحصول كراهية الزّوج زوجته. ولحديث ابن عباس رضي الله عنهما أنّه جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم فقالت: «يا رسول الله، أني لا أعتب على ثابت في دين ولا خلق ولكني لا أطيقه»[2] ففيه أن الكراهة كانت من جهتها. «وظاهره أنّه لم يصنع بها شيئاً يقتضي الشكوى منه بسببه»[3]. واستجاب رسول الله صلّى الله عليه وسلّم لطلبها فأفاد اعتباره صلّى الله عليه وسلّم لهذا الإحساس النفسي. فهل يكون مسوغاً عند دعاة تقييد الطّلاق بإذن القاضي أن لا يقبل من أسباب الطّلاق إلا ما يثبته الزّوج ويتحقق منه القاضي؟ قال الأستاذ علي حسب الله: «لو كانت المصالح الزوجيّة كالمصالح المالية يمكن لغير الزّوجين تقدير الربح والخسارة فيها تقديراً صحيحاً، لكان من البين أن يلجأ الزوجان عند الطّلاق بينهما إلى القاضي، وألا يكون الطّلاق عند الخلاف إلا على يديه، كما فعل واضعو القانون الفرنسي وواضعو قانون الأحوال

---

(١) سورة النساء، الآية ١٩.

(٢) صحيح البخاري: كتاب الطّلاق؛ باب الخلع وكيف الطّلاق فيه؟ رقم الحديث ٥٢٧٥.

(٣) ينظر فتح الباري: ج ١٠/ ٥٠٢، عند شرح الحديث رقم ٥٢٧٥.

الشخصيّة للأقباط الأرتودوكس بمصر. ولكن بقاء الزوجيّة منوط في الواقع بتقدير شخصي من الزوج، لما بينه وبين امرأته من محبة وملائمة. وهو تقدير في أعماق نفسه لا يعرف أحد من أسراره مثل ما يعرف[1].

والملحوظة الثّانية: هي عدم تحقيق الفكرة عند تطبيقها مصلحة، ذلك أن وضع الطّلاق بيد القاضي لا يحقق مصلحة للزوج ولا للزوجة لا للمجتمع.

أ- أما عدم تحقيقه مصلحة للزوج، فلأن في نزع الطّلاق من يد الأزواج حكماً على الرّجال كلهم بالسفه، فلا يقبل طلاقهم حتّى يمضيه القاضي. والقضاة باعتبار غالبهم ذكوراً لا يملك أحد منهم – بناءً على هذه الفكرة – طلاق زوجته حتّى يأذن له قاض غيره – فيكف يقبل قول قاض في حالة احتكام النَّاس عنده، ولا يقبل قوله في حالة طلاقه امرأته؟

ثم إن هذا يجعل العلم بالأحكام الشرعيّة شرطاً أساسياً لتولي القضاء، غير أن الوضع الذي عليه القضاء اليوم ليس بإمكانه الحكم بالعدل في حالات الطّلاق لأن «القاضي الذي تسند إليه معالجة علاقات الزّوجين – زيادة على تكوينه القانوني والاجتماعي وتجربته –؛ يتعين أن توفر له الظروف لأداء مهمته، وفي مقدمة هذه الظروف أن يكون لديه من الوقت ما يكفي لبحث دعوى الطّلاق من جميع جوانبها، واستقصاء وقائع الحياة الزوجيّة بجزئياتها حتّى يمكن له تكوير تصور صادق لطبيعة وأسباب الشقاق بين الزّوجين. والقاضي عندنا الآن مرهق بها فوق المستطاع من القضايا[2].

إن هذا يدل على أن «هذه دعوى غير صحيحة لأنّها تحكم على جميع الرّجال بالسفه (...) وتسلب الثقة منهم في أمر من أمورهم الخاصة بهم (...) ويجعلون الطّلاق

---

(١) الفرقة بين الزّوجين: ٦٢.

(٢) ينظر التعليق على قانون الأحوال الشخصيّة: ٢٨٨-٢٨٩.

للقضاة في حين أن الله أعطى الطّلاق للرجل كحق شخصي له لا يملك أحد سواه أن يوقعه إلا بتوكيل منه أو تفويض[١].

ب- وأما عدم تحقيقه مصلحة للزوجة، فيظهر فيما إذا أصر الزّوج على الطّلاق وطالبه القاضي بتقديم المسوغات لذلك، ثم طالب الزوجة بإبداء رأيها فيها، فإن الطرفين معاً سيبحثان عمّا يفند به أحدهما دعوى صاحبه. وقد يلجأ أحدهما إلى الافتراء رغبة في أن يكون الحكم لصالحه. وهذا ينتج عنه قطع أمل الرجعة إذا صدر الحكم بفراقها. وربما قطع أمل نكاح الزوجة غيره لما تكشفه الجلسات القضائية من خبايا وأسرار تجعل النَّاس يتهيبون منها. أمّا في حال امتناع القاضي من الإذن بالفراق فكيف ستكون حياة زوجة مع زوج يرغب في طلاقها؟

وأيضاً فإن من أصر على طلاق زوجته لا يمكن أن يرده إلى معاشرتها بالمعروف حكم قضائي. وكذلك الزوجة إذا هي رغبت في مفارقة زوجها، لا يردها إلى حسن العيش معه أمر قضائي. أنّه مما لا شك فيه أن في الحكم بالطّلاق إذ أصر عليه الزّوج تكريماً للمرأة وإعلاء من شأنها، وليس امتهاناً لها. وإن امتهانها واحتقارها في رفض القاضي الطّلاق حتى يثبت الزّوج دواعيه. فإن فيه إلزامها بالبقاء في عصمة زوج أعلن عدم رغبته فيها. وهذا يتنافى مع القاعدة في الزَّواج أنّه يقوم على المودة والرحمة.

وعلى العكس من هذا إذا ترك الأمر كما هو منصوص عليه في الشرع، يطلق الزّوج زوجته عند تعذر استمرار حياتها الزوجيّة، فإن فرصة المراجعة تكون متيسرة لأن المطلقة تعتد في بيت الزوجيّة[٢]، ويسهل أن تنجلي أسباب الطّلاق فيراجعها زوجها.

ج- وأما عدم تحقيق مصلحة الأُسرة والمجتمع فيظهر فيما يلي:

- الفشل في تقليل حالات الطّلاق: ذلك ان البعض بنى قوله بإسناد الطّلاق إلى

(١) ينظر الفقه للأحوال الشخصيّة لبدران أبو العينين بدران ٣٠٨-٣٠٩.

(٢) لقوله تعالى: ﴿وَلاَ يَخْرُجْنَ إِلاَّ أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ (الطّلاق ١).

القاضي على احتمال تقليل حالات الطّلاق في المجتمع، بمنع إيقاعه لغير الحاجة الماسة إليه، وقد أوضح الدكتور نور الدّين عتر أن «تجربة التنفيذ العملي ومراقبة القضية على أرض الواقع - في سوريا - أثبت فشل هذه الطريقة، إذ أخذت نسبة الطّلاق تتزايد بشكل مستمر حتّى بلغت حداً هائلاً يتراوح بين ٤٥ في المائة إلى ٦٢ في المائة من الزّواج[١].

- كشف أسرار البيوت وخباياها: ذلك أن القاضي يحتاج إلى سماع ما يثبت دعوى من يرغب في الطّلاق، وقد تكون الأسباب تتعلّق بالسلوك فليس من الخير نشرها في دور القضاء وإذاعتها بين النَّاس حتّى تصير أسرار الأسر مواضيع الألسُنَّة، فإن من شأنها أن «تعرقل الطريق أمام الزّوجين بعد انفصالهما في استئناف حياة زوجية أخرى»[٢].

- من هنا يتضح أن المناداة بنزع حق الزّوج في الطّلاق وتقييده بإذن القاضي، «نزعة خطيرة ليست من صالح الرّجل والمرأة، وليست كذلك في مصلحة الأُسرة والأمة. هي عسيرة التحقيق ومن شأنها أن تنشر خبايا البيوت وتفضح أسرار الأسر وهل كل أسباب النفور بين الزّوجين يمكن الإفضاء به إلى القضاء[٣].

- فتح ذريعة الفساد في المجتمع: ذلك أن القاضي إذا امتنع من الإذن لزوج بالطّلاق فإن من الأزواج من يدفعهم إصرارهم على الطّلاق إلى الخيانة الزوجيّة، وربما يدفع الأمر زوجاتهم إلى الانتقام منهم. وفي هذا إشاعة الفاحشة في المجتمع. وأنه حقاً قد يترتب عن الطّلاق الذي يوقعه الزّوج بعض الأضرار النفسية التي تصيب الأبناء خاصة[٤]. ولكنها خفيفة إذا ما وازنا بينها وبين ما تصاب به الأُسرة

(١) ينظر أبغض الحلال: ١٥٤.

(٢) ينظر أحكام الأُسرة في الإسلام: ٤٧٤.

(٣) ينظر الأحوال الشخصيّة للحصري: ٢١٠.

(٤) لقد حمت الشريعة الإسلاميّة حقوق الأبناء عند الطّلاق منذ صغرهم حتّى يبلغوا التكليف.

والمجتمع كله إذا أبقيا على الزوجيّة المضطربة وعلى حياة التباغض التي يحياها الزوجان والقاعدة أنّه يدرأ الضرر الكبير بالضرر الأخف.

ثالثاً: خلاصة:

ما يمكن الخلاصة إليه بعد التأمل في فكرة تقييد الطّلاق بإذن القاضي ودراسة ما انبنت عليه من حجج هو القول بعد صلاحيتها لأمور هي:

١- حكم إسناد الطّلاق إلى الرّجل في الشريعة الإسلاميّة حكم ابتدائي مطلق غير مقيد بأجل ولا بحال ولا نهاية. ومن شأن الأحكام الابتدائية الدوام والاستمرار والشمول كوجوب الصلاة وغيرها من الفرائض الشرعيّة، فإنّها ثابتة لا تتخلف، فتقام على وجهها عادة إلا لرخصة لسبب مقدر بشخص أو مجموعة أشخاص في زمن ومكان معينين. وليس العمل بالرخصة من أجل إلغاء الحكم الأصلي، بل لتثبيته وضمان استمراره. وبهذا نظهر أن الأصل في إسناد الطّلاق إلى الأزواج هو النّصوص الشرعيّة وليس تجربة تاريخية[1].

٢- ينبني على هذا أن الزَّواج هو الأصل في الطّلاق، والقول بأنَّه لا يعتبر طلاقاً إلا ما يأذن به القاضي، يجعل القاضي هو الأصل فيه، والزوج تابعاً له. وفي هذا مخالفة للشرع.

٣- إن الزّوج إذا واجه امرأته بالطّلاق على الوجه المأمور به في الشرع، وقع طلاقه ولو لم يأذن به القاضي. وعليه، فإنّه إذا مسها بعد انتهاء عدتها كان ذلك زنى، فما جدوى ربط الطّلاق بإذن القاضي إذاً؟ قال الدكتور وهبة الزحيلي: «ليست الدعوى المعاصرة إلى جعل الطّلاق بيد القاضي ذات فائدة، لمصادمة المقرر شرعاً، ولأن الرّجل يعتقد ديانة أن الحق له، فإذا أوقع الطّلاق، حدثت الحرمة دون انتظار حكم القاضي. وليس ذلك أيضاً في مصلحة المرأة نفسها»[2].

(١) ينظر الأسرة المغربيّة ثوابت ومتغيرات: ٦٨.

(٢) الفقه الإسلاميّ وأدلته: ج٧/ ٣٦١.

٤- الإسلام شرع الزَّواج لغاية إحصان الزّوجين ببناء أسرة متماسكة تنتج ذرية لبناء مجتمع صالح. واحتاط لعقد الزَّواج فشرع الخطبة باعتبارها محطة للتعارف بين الخطابين وفق ضوابط الشّرع قبل الإقدام على إنجازه. وأجار العدول عنها لسبب يظهر لأحد الخاطبين أن من الخير تركها[١]. فإذا تراضيا على إنجازه فقد ألزم الشَّارع الزّوج بأداء عدّة حقوق لزوجته منها: الصداق تكريماً لها بإظهار الشعور بخطورة عقد الزَّواج لقوله تعالى: ﴿ وَآتُواْ النَّسَاء صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾ وقوله صلّى الله عليه وسلّم: «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهم بالمعروف»[٢].

وهذه الحقوق المادية تحمل الزّوج في الغالب في تقديم إمساك زوجته بالمعروف على فراقها. وقد حض الشّرع الحنيف على حسن تبعل الزّوجين أحدهما الآخر، فقال تعالى: ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾[٣]. وقال صلّى الله عليه وسلّم: «خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي»[٤]. ونهى أن «يفرك مؤمن مؤمنة»[٥]. حتى إذا شعر الزّوج بنشوز زوجته وإساءة معاملتها إياه، فقد سطر له وسائل للعلاج، فقال عزّ وجلّ ﴿ وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ﴾[٦]. حتى إذا لم يتحقق العلاج بهذه الخطوات وتفاقم الخلاف؛ أمر الشَّارع بتدخل أهل الخير من أهل الزّوجين: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُواْ حَكَماً مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاَحاً يُوَفِّقِ اللهُ بَيْنَهُمَا ﴾[٧]. فإذا عجزا عن

---

(١) يدل على هذا حديث ابن عمر رضي الله عنهما: «نهى النبي صلّى الله عليه وسلّم أن يبيع بعضكم على بيع بعض، ولا يخطب الرّجل على خطبة أخية حتّى يترك الخاطب قبله أو يأذن له». أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب النّكاح باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك، رقم الحديث ٥١٤٢.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) سورة النساء، الآية ١٩.

(٤) سنن الترميذي: كتاب المناقب، رقم الحديث ٣٨٩٥، وسنن ابن ماجه: كتاب النّكاح، رقم الحديث ١٩٧٧.

(٥) صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب النّكاح رقم الحديث ١٤٦٩، ومسند الإمام أحمد: رقم الحديث ٨١٦٣.

(٦) سورة النساء، الآية ٣٤.

(٧) سورة النساء، الآية ٣٥.

الإصلاح لم يبق إلا فراقهما كضرورة لا غنى عنها. قال السرخسي: «النكاح نعمة والطّلاق رفع لها، وكفران النعمة حرام». وأوضح أن «معنى النعمة إنما يتحقق عند موافقة الأخلاق، فأما عند عدم موافقة الأخلاق، فاستدامة النكاح يسبب امتداد المنازعات، فكان الطّلاق مشروعاً مباحاً للتخلص من عهدة النكاح عند عدم موافقة الأخلاق[1]. فثبت أن الطّلاق شرعه الله تعالى لتخليص الزّوجين من حياة انقلبت الرحمة فيها إلى نقمة. قال ابن قدامة: «والعبرة على جوازه؛ - يريد الطّلاق - فإنّه ربما فسدت الحال بين الزّوجين فيصير بقاء النّكاح مفسدة محضة، وضرراً مجرداً بإلزام الزّوج النّفقة والسكنى وحبس المرأة مع سوء العشرة والخصومة الدّائمة من غير فائدة. فاقتضى ذلك شرع ما يزيل النّكاح لتزول المفسدة الحاصلة منه[2].

وفي هذه الحالة لم يترك الإسلام للزوج الحرية في إيقاع الطّلاق كما يشاء إضرار بزوجته، بل فرض عليه قيوداً في توقيعه منها أن لا يوقعه في حالة حيض زوجته، ولا في ظهر وقع فيه مسيس، ولا يطلقها ثلاثاً دفعة واحدة، ولا يطلقها في عدتها، فإن هذه الحالات إذا وقع فيها الطّلاق لم يكن طلاق للسنة. وإن من الفقهاء من لم يعتبر الطّلاق الذي وقع فيها. وحينما يطلق الرّجل زوجته في طهر لم يقع فيه مسيس، فإنّه يتحمل تبعات طلاقه، ومنها أنّه يتحمل نفقات إجراءات الطّلاق، ويدفع للزوجة قدراً من المال جبراً لخاطرها يسمى المتعة لقوله تعالى: ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾[3].

ويتحمل نفقة عدتها كاملة كما لو لم تنقطع الزوجيّة، ومنها الإسكان مدّة العدة لقوله تعالى: ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ ﴾[4]. فإذا اعتدت بالقروء أنفق عليها حتّى يبلغ أجلها،

---

(١) ينظر المبسوط: ج ٣/ ٣.

(٢) المغني: ج ٨/ ٣٣٤.

(٣) سورة البقرة، الآية ٢٤١.

(٤) سورة الطلاق، الآية ١.

وإذا كانت حاملاً أنفق عليها مدّة حملها كلها لقوله تعالى: ﴿ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾[١]. وإذا كانت المعتدة مرضعاً كان عليه أن يؤدي أجرة إرضاعها حولين كاملين لقوله سبحانه: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾[٢]. وتكون الزوجة هي الحاضنة لأولادها ويتكفل الزّوج بالإنفاق عليهم مدّة حضانتهم.

هذه هي الضوابط والقيود التي أحاط الشّارع بها إيقاع الطّلاق وهي تكاليف وتبعات يتحملها الزّوج في الدنيا وهي حدود الله تعالى ﴿ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ﴾[٣]. وهذه الضوابط هي أحكام شرعيّة بها تحفظ مقاصد الشريعة لا بغيرها[٤]، فوجب الامتثال إليها وحسن تطبيقها، فإن تطبيقها تطبيقاً صحيحاً، لكفيل بدفع فكرة إسناد الطّلاق إلى جهة غير الزّوج من أصلها. قال الدكتور أحمد الريسوني: «أظن أنّه بدل أن نفكر في البحث عن حكم جديد بغير الحكم الشرعيّ جذرياً، ويقلب الأمر رأساً على عقب، ينبغي دائماً أن نفكر في التطبيق الصّحيح للأحكام الشرعيّة (...) وإني اعتقد أن علامة التطبيق تزيل كل المخاوف وكل أشكال التعسف والظلم»[٥].

ومع كل هذا فالطّلاق في الشريعة لم يجعله الله تعالى بائناً، بل جعله يقع رجعياً، وهو أضمن للعودة إلى الحياة الزوجيّة خاصة إذا علمنا أن المعتدة تسكن في بين الزوجيّة مدته

---

(١) سورة الطلاق، الآية ٦.

(٢) سورة الطلاق، الآية ٦.

(٣) سورة الطلاق، الآية ١.

(٤) زعم التونسي الطّاهر الحداد أنّه بتأسيس محاكم الطّلاق «تحفظ مقاصد الشريعة الإسلاميّة التي تتطلب هذه المحاكم بطبيعة الحال لرعاية نصوصها وحمل النّاس عليها، وهذا واجب المسلمين اليوم». (ينظر كتابة: امرأتنا في الشريعة والمجتمع ٧٤-٧٥).

(٥) مقال الدكتور أحمد الريسوني نشر في جريدة الراية عدد ٣٠٨ سنة ١٤١٩هـ الموافق ٨ يوليوز ١٩٩٨.

عدتها[١]، فيراجع الزّوج زوجته من غير عقد جديد[٢]، ويندم على ذلك أو تندم هي على ذلك بخلاف الطّلاق بالحكم القضائي لا تبقى معه حظوظ للتراجع.

فهل يكون استمرار النداء بنزع حق الرّجل في الطّلاق وإسناده إلى القاضي من أجل حماية الأُسرة من التفكك أم لتوهم الدفاع عن المرأة بهدف مساواتها مع الرجل؟ فإذا كان الأولى، فإن في امتثال ما شرعه الله ضماناً لكل هذا وإذا كان الثّاني، ففيه مضيعة للجهد بعد أن أثبتت التجارب عدم جدوى العمل بهذه الفكرة.

إذا ثبت هذا فليعلم أن هناك حالات للطلاق قررت فيها مجموعة قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة احتسابها مع أنها مسائل خلافية وذلك نحو طلاق الحائض والمعتدة وأيضاً لا يكترث الأزواج للأوقات التي نهى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم عن إيقاع الطّلاق فيها وذلك نحو فترة الطهر الذي وقع فيه مسيس ومع ذلك تحتسب طلقتهم. والأيسر في الحكم أن تحتسب الطلقة التي تقع في الحيض وكذا التي تقع في العدة، والأجدر بالقاضي أن يتدخل من أجل احترام الوقت المأذون فيه بالطّلاق.

---

(١) لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ وهذا ما يجب الدفاع لتحقيقه اليوم، ذلك أن الزوجة تحرم من سكناها مدّة عدتها فتقضيها في بين أهلها.

(٢) يسيء البعض فهم مراجعة الزّوج مطلقته في فترة عدتها من غير عقد جديد ومن غير غذنها ويحسبونها احتقاراً للمرأة فجاء عن إحداهن قولها "كما أن الزّوج يمكن أن يوقع الطّلاق متى شاء وفق إرادته، فإنّه يملك أيضاً استئناف العلاقة الزوجيّة وذلك بأن يعمل على إرجاع زوجته بدون قيد ولا شرط في مدّة العدة، وهو لا يحتاج في ذلك إلى إذن زوجته أو وليها كما لا يحتاج إلى دفع صداق يجب فقط أن يشهد عليه. ينظر الأُسرة ثوابت ومتغيرات: ٥٤). والخطأ هنا مصدره عدم إدراك النّاس إن المطلقة رجعياً تبقي زوجة لمطلقها ما لم تنته عدتها.

المبحث الثالث

حكم استعاضة المرأة عن الطّلاق التعسفي[١]

توطئة:

المراد بالاستعاضة عن الطّلاق التعسفي أن يكون للمطلقة الحق في مطالبة زوجها الذي طلقها طلاقاً تعسفياً بتعويض تأخذه منه بسبب سوء استعمال حقه في الطّلاق. وهذه المسألة ناقشها الفقهاء المعاصرون واختلفوا فيها[٢] على قولين اثنين، أحدهما أنّه يقضي لها بالتعويض، والثاني أنّه لا يقضي لها به. وتفصيل ذلك فيما يلي:

أولاً: من قضى للمرأة المطلقة طلاقاً تعسفياً بالتعويض:

هذا مذهب بعض قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة وبعض الاجتهادات القضائية، أقرت حق المرأة في الاستعاضة إذا طلقها زوجها طلاقاً تعسفياً. وهي مسألة اختلف فيها

---

(١) يراد التعسف، إساءة استعمال الحق، مما ينتج عنه ضرر بالغير. وقد شاع أن استعماله ظهر عند رجال القانون الغربيين. لكن ذكر الدكتور فتحي الدريني أنّه ورد عند الشاطبي استعماله بلفظ (الاستعمال المذموم) وعند ابن القيم بلفظ (المضارة). (ينظر كتابه: نظرية التعسف: ٤٦).

وورد في قانون الأحوال الشخصيّة السوري ذكر صورتين لإساءة استعمال الطّلاق، إحدهما في المادّة السّادسة عشرة ونصها: «من باشر سبباً من أسباب البينونة في مرض موته أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك طائعا بلا رضي زوجته ومات في ذلك المرض أو في تلك الحالة والمرأة في العدة، فإنها ترث منه بشرط أن تستمر أهليتها للإرث من وقت الإبانة إلى الموت». والثانية في المادّة السّابعة عشرة وفيها أنّه يوصف الطّلاق بأنّه تعسفا إذا وقع الطّلاق بدون سبب معقول وإذا أصاب الزوجة بسبب بؤس وفاقه.

(٢) ذكر بدران أبو العينين بدران أن هذه المسألة اختلف فيها القضاء المصري. (ينظر الفقه المقارن للأحوال الشخصيّة: ٣١١).

«القضاء المصري[(١)] وفصل فيها قانون الأحوال الشخصيّة السوري وبعض القوانين الأخرى، فجاء في المادّة السّابعة عشرة ومائة منه «إذا طلق الرّجل زوجته، وتبين للقاضي أن الزّوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول[(٢)]، وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقة، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حاله ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة. وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهرياً بحسب مقتضي الحال»[(٣)]. يؤخذ من ظاهر هذه المادّة أن التعويض عن الطّلاق التعسفي يقضي به فقط لمن تبين للقاضي أنّه سيصيبها بسبب الطّلاق بؤس وفاقة فيرفعه عنها بإلزام زوجها الذي طلقها بأن يدفع لها النّفقة عن مدّة معينة بحسب حاله ودرجة تعسفه. ونصت مجلة الأحوال الشخصيّة التونسيّة في الفقرة الثّالثة من الفصل الواحد والثلاثين المعدل[(٤)] على

(١) ينظر الأحوال الشخصيّة: ٣٠٤.

(٢) يؤخذ من ظاهر هذا النَّص أن تحديد الطّلاق التعسفي يرجع فيه إلى سببه، فإذا ظهر للقاضي أن سببه غير معقول كان الطّلاق تعسفيا. ولا شك أن في هاذ إجمالا لا ينضبط به معنى التعسف لأنه ليست كل أسباب الطّلاق مما يمكن تعقلها.

(٣) هذه المادّة بهذا اللفظ بدأ العمل بها بعد تعديلها سنة ١٩٧٥، وهي تشتمل على أمرين أحدهما أنّه لم يرد تقييد الزوجة فيها بأنها فقيرة، والثاني: أنّه أصبح التعويض مقدرا بنفقة ثلاث سنوات، وقد كانت مقدرة قبل تعديلها بنفقة سنة واحدة.

وكان الدكتور مصطفى السباعي أخذ على القانون أنّه قدر التعويض بنفقة سنة فوق نفقة العدة، ودعا إلى «أن لا يقيد ذلك بنفقة سنة، فما دام الزّوج ظالما متعسفا، وما دامت الزوجة مظلومة، فلم لا يلزم بالإنفاق عليها حتّى تتزوج إن كانت في سن قابل للزواج، أو حتّى تلقي وجه ربها إن كانت عجوزا شارفت على وداع الحياة»؟ (ينظر المرأة بين الفقه والقانون: ١٤٧).

(٤) تم تعديله بمقتضى القانون عدد ٧ لسنة ١٩٨١، المؤرخ في ١٨ فبراير ١٩٨١ والمنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسيّة عدد ١١ بتاريخ ٢٠ فبراير ١٩٨١ صفحة ٣٥٨.

وكانت الفقرة الثّالثة من المادّة المذكورة قبل تعديلها تنص على أنّه يحكم بالطّلاق «عند رغبة الزّوج إنشاء الطّلاق أو مطالبة الزوجة به. وفي هاته الصورة يقرر الحاكم ما تتمتع به الزوجة من الغرامات المالية لتعويض الضرر الحاصل لها أو ما تدفعه هي للزوج من التعويضات». وأوضح محمّد الطّاهر السنوسي في تعلقيه

أنّه يحكم بالطّلاق «بناءً على رغبة الزّوج إنشاء الطّلاق أو مطالبة الزوجة به، ويقضي لمن تضرر من الزّوجين بتعويض عن الضرر الماديّ والمعنويّ الناجم عن الطّلاق في الحالتين المبينتين بالفقرتين الثّانية[١] والثالثة أعلاه». ظاهر هذه الفقرة أن الاستعاضة عن الضرر الناتج عن الفرقة حق من تضرر من الزّوجين معا. ولكنه «بالنّسبة للمرأة يعوض لها عن الضرر الماديّ بجراية تدفع لها بعد انقضاء العدة مشاهرة وبالحول على قدر ما اعتادته من العيش في ظل الزوجيّة بها في ذلك المسكن. وهذه الجراية قابلة للمراجعة ارتفاعاً وانخفاضاً بحسب ما يطرأ من متغيرات. وتستمر إلى أن تتوفى المفارقة أو يتغير وضعها الاجتماعي بزواج جديد أو بحصولها على ما تكون معه في غنى عن الجراية. وهذه الجراية تصبح ديناً على التركة في حالة وفاة المفارق، وتصفى عندئذ بالتراضي مع الورثة أو عن طريق القضاء بتسديد مبلغها ما لم تختر التعويض لها عن الضرر الماديّ في شكل رأس مال يسند لها دفعة واحدة»[٢]. وجاء في المادّة الثّانية والخمسين من قانون الأُسرة الجزائريّ أنّه «إذا تبين للقاضي تعسف الزّوج في الطّلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها». وجاء في الفقرة (ب) من المادّة السّادسة والتسعين مشروع القانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة أن «للمطلقة طلب التعويض إذا تعسف المطلق في استعمال حقه في الطّلاق».

ظاهر هذه النّصوص أن الزّوج إذا تعسف في طلاق زوجته حكم القاضي لها بتعويض عن الضرر الذي يلحقها. ويعد القانون السوري أجرأ[٣] القوانين العربيّة في فرض

= عليها أن «الغرامة تقابل المتعة (لغة) وهي أيضاً ما عرف بالتعويضات، فإذا تقرّر هذا لدينا علمنا أن المتعة أو الغرامة هي ما أوجبه الشّارع جل وعلا حين قوله الكريم: «ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقاً على المحسنين». (ينظر بجلسة الأحوال الشخصيّة: ٢٨هـ ٢٨).

(١) تنص الفقرة الثّانية على أنّه يحكم بالطّلاق «بناء على طلب أحد الزّوجين بسبب ما حصل له من ضرر»

(٢) ينظر مقال «مبدأ التعويض عن الطّلاق التعسفي في الفقه الإسلاميّ ومدونة الأحوال الشخصيّة» للأستاذ الحسين بلحساني منشور بمجلة الميادين عدد ٣/ ٢٢١-٢٢٢.

(٣) وصف الدكتور عبد الرحمن الصابوني هذا القرار بأنّه «خطوة جريئة من القانون السوري أراد المشرع فيها وضع حد لتعسف الزّوج في الطّلاق». (ينظر كتاب مدى حرية الزّوجين في توقيع الطّلاق: ج١/ ١٠٩).

تعويض على الزّوج المتعسف في الطّلاق إذا فصل الاجتهاد القضائي في سوريا فيما يتحقق به التعسف في الطّلاق[١] وفيما ينتفي به[٢]. وكذلك قرر الحكم بالتعويض عن ضرر الطّلاق التسعفي الاجتهاد القضائي في الأردن[٣]، وإليه ذهب بعض الدارسين في المشرق[٤] والمغرب[٥] وبعض الفقهاء المعاصرين.

---

(١) من المبادئ التي قررها القضاء السوري، يبين فيها صورة الطّلاق الذي يتعسف الزّوج فيه أن «كل زوجة تطلق سواء قبل الدخول والخلوة أو بعدهما تستحق التعويض إذا تعسف زوجها في طلاقها دون سبب معقول، وإذا تبين أنّه سيصيبها بؤس وفاقة من جراء ذلك».

(٢) ففي هذا المبدأ بيان الطّلاق الذي يتعسف فيه الزوج، وهو الذي يوقعه دون سبب معقول فينتج عنه بؤس يلحق الزوجة، ويعرف سبب الطّلاق بأنّه معقول أو غير معقول بذكر سبب الطّلاق. فقد قرر القضاء السوري أنه: «لا ينتفي التعسف في الطّلاق إلا ببيان المطلق سبباً مشروعا لطلاقه ويثبته». (ينظر المبادئ القانونية: ٣٧). ظاهر هذا القرار أن الأصل في الطّلاق أو المطلق منهم بالتعسف فيه حتّى يبين سبباً مشروعا لطلاقه ويثبته. وعن طريق المفهوم يؤخذ منه أنّه لا يكون سبباً مشروعا للطلاق إلا ما كان سببه قابلا للإثبات. ومعلوم أنّه ليست كل أسباب الطّلاق تكون قابلة لذلك.

جاء في أحد القرارات القضائية السورية أن «التعسف في الطّلاق ينتفي إذا تبين أن سببه يصلح اعتباره من الأسباب المؤدية إليه شرعاً وعرفا». وضرب مثلاً لهذه الأسباب في قراره رقم ٦٢٦ في ١٥٦/ ١٩٥٥ أنّه «يشترط لاعتبار الطّلاق تعسفيا أن يقع بلا سبب يؤدي بالمطلقة إلى الفاقة والإحتياج. وعليه فإن مثابرة الزوجة على الوقوف أمام باب الدّار مكشوفة الرأس رغم هي زوجها عن ارتكاب مثل هذه المحرّمات، يعتبر سبباً مشروعا للطلاق». (ينظر المبادئ القانونية: ١٦٨).

(٣) ينص هذا القرار على ما يلي:

- علي المحكمة أن تتحقق من ادعاءات الزّوج بوجود أسباب الطّلاق بل أن تعتبر أن الطّلاق هو طلاق تعسفي.
- علي المحكمة أن تتحقق من مقدار يسار الزّوج قبل تقدير التعويض. (ينظر هذا القرار في المجلة العربيّة للفقه والقضاء عدد ٦/ ١٠١).

(٤) من الذين دعوا إلى الفكرة من الدارسين بالمشرق الدكتور محمّد سلام مدكور (ينظر كتابه: الزَّواج والفرقة: ١٦٧).

(٥) ناجي بالعمل بهذ الفكرة التونسي الطاهر الحداد في كتابه امرأتنا في الشريعة والمجتمع: ٨٢، ١٤٨، ١٤٢ وبالمغرب قررها الدكتور أحمد الخميلشي في كتابه وجهة نظر: ٢٦١-٢٦٢. وممن أخذ برأيه الكاتبة خديجة صبار، (ينظر كتابها: الإسلام والمرأة: ١٤٠)، وكذلك ينظر كتاب تقسيم العمل بين الجنسين: ١٧٣-١٧٤.

وممن ذهب إلى هذا من الفقهاء المعاصرين الدكتور مصطفى السباعي والأستاذ علال الفاسي. أمّا الدكتور السباعي فإنّه تبع قانون الأحوال الشخصيّة السوري في حصره الحالات التي يكون الطّلاق فيها تسعفياً، في حالتين اثنتين. ووصف فرض القاضي للمرأة تعويضاً بنسبة التعسف ودرجته بأنّه «تشريع جميل بلا ريب، من شأنه أن يخفف عن المطلقة ألم الطّلاق»[١].

وأما الأستاذ علال الفاسيّ فدعا إلى العمل بهذه الفكرة إذا عبث الزّوج باستعمال حقه في الطّلاق. فقال: «نرى أن للمرأة أن تطلب بمعاقبة الزّوج الذي يطلقها إذا أثبتت أنّه استعمل حقه في الطّلاق لغاية غير شريفة. (...) وفي كل الأحوال نرى أن من الواجب فرض تمتع المطلقة أي إعطائها تعويضاً لائقاً بحسب مركزها ويسر الزوج»[٢].

ثانياً: أدلتهم في المسألة:

مما بنى عليه الذين قالوا بالتعويض عن الطّلاق التعسفي قولهم نذكر ما يلي:

أ- تحريم الإسلام للظلم في قوله صلّى الله عليه وسلّم: «الظلم ظلمات يوم القيامة»[٣] وفي الحديث القدسي «يا عبادي إني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرماً فلا تظالموا»[٤]. ورد الاحتجاج بهما في المذكرة التوضيحيّة لمشروع القانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة[٥]. ذلك أن الشريعة الإسلاميّة دعت إلى العدل ونهت عن الظلم، وواقع المسلمين «يتسبب للمرأة في عواقب وخيمة (لا) سيما مع المقتضيات القانونية التي تسمح للزوج

---

(١) ينظر المرأة بين الفقه والقانون: ١٤٦.

(٢) النقد الذاتي: ٢٩٧.

(٣) صحيح البخاري: كتاب المظالم والغصب، رقم الحديث ٢٤٤٧. وصحيح مسلم بشرح النووي: كتاب السير والصلة والآداب، رقم الحديث ٢٥٧٨.

(٤) صحيح مسلم بشرح النووي: كتاب البر والصلة، رقم الحديث ٢٥٧٧.

(٥) ينظر المجلة العربيّة للفقع والقضاء: عدد ٢/ ١١٧.

بتوقيع الطّلاق متى شاء بإرادته المنفردة دون أن تقرّر للمطلقة حقوقاً مالية واضحة بسبب هذا الطّلاق»(١). فوجب من أجل هذا رفع الظلم عنها بفرض تعويض على المطلق بقدر درجة تعسفه.

ب- القياس:

بنى الذين قالوا بفرض تعويض للزوجة على زوجها إذا تعسف في طلاقها على القياس على شيئين هما:

- القياس على متعة المطلقة:

فقد أوضح الدكتور مصطفى السباعي أن مستند قانون الأحوال الشخصيّة السوري في القول بالتعويض عن الطّلاق التعسفي هو «أن الله تعالى أوجب لبعض المطلقات متعة - وهي مثل ثيابها عند خروجها من بيتها ويجوز أن يقدر ذلك بدراهم - كما رغب في إعطاء المتعة لبعض المطلقات الأخر بحيث لا - تخلو مطلقة من متعة تأخذها من الزوج. (...) فاستند قانوناً إلى هذا المبدأ الشرعيّ، فأجاز للقاضي أن يحكم على المطلق بتعويض يتناسب مع ظلمه للمرأة وتعسفه في طلاقها»(٢). وقد ذكر هذا المستند الدكتور وهبة الزحيلي(٣).

- القياس على إتلاف مال الغير:

الذي عليه حكم الشريعة الإسلاميّة أن على من أتلف مال غيره أن يضمنه(٤). وقد ذهب

(١) ينظر وجهة نظر: ٢٦١-٢٦٢.

(٢) ينظر المرأة بين الفقه والقانون: ١٤٦.

(٣) ينظر الفقه الإسلاميّ وأدلته: ج٧/ ٥٣٢.

(٤) ضمان المتلفات واجب في الشرع، بالمثل حسب الإمكان لقوله تعالى: ﴿ وَجَزَاء سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا ﴾ (الشورى ٣٧)، وقوله: ﴿ فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾ (البقرة ١٩٣). وقوله: ﴿ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ ﴾ (١٩٣). قال ابن تيمية: «فإذا أتلف نقدا أو حبوبا ونحو ذلك أمكن ضمانها بالمثل وإن كان المتلف ثيابا أو آنية أو حيوانا فهنا مثله من كل وجه، وقد يتعذر. فالأمر دائر بين شيئين: أمّا أن =

ذهب البعض إلى أنّه «إذا ساغ لنا أن نحكم عليه بتعويض ما يتلف من مال غيره ولو قليلاً، أليس من المنطق المعقول أن نحكم عليه بتعويض ما يتلفه من حياة المرأة وراحة قلبها؟»[١].

ولم يتفق الذين أعطوا المرأة الحق في الاستعاضة عن طلاقها طلاقاً تسعفياً، على العلة في هذا الحكم. فبالنّسبة للمعمول به في المحاكم السورية، فإن موجب النّفقة أمران اثنان:

أحدهما تعسف الزّوج في إيقاع الطّلاق، ويعرف تعسفه فيه بالنظر إلى السبب الذي من أجله أوقعه، فإن هو أوقعه لغير سبب معقول يكون قد تحقق الأمر الأوّل الموجب للمطالبة بالتعويض. جاء في أحد المبادئ القانونية التي قررها القضاء في سوريا أن «كل زوجة تطلق سواء قبل الدخول أو الخلوة أو بعدهما، تستحق التعويض إذا تعسف زوجها في طلاقها دون سبب معقول، وإذا تبين أنّه سيصيبها بؤس وفاقه من جراء ذلك»[٢].

يؤخذ من هذا القرار أن التعويض عن الطّلاق التعسفي تستفيد منه جميع المطلقات، من كانت مدخولاً بها وغير مدخول بها بل حتّى التي طلقت بعد الخلوة، إذا تعسف الزّوج في الطّلاق وتبين للقاضي أنّه سيصيبها فقر سبب ذلك[٣].

والأمر الثّاني: إذا تبين للقاضي أنّه سيلحق المطلقة ضرر بسبب الطّلاق، وهذا القيد مأخوذ من المبدأ المذكور، وورد التّصريح به أيضاً في مبدأ غيره ونصه: «إذا تبين أن الرّجل

= يضمنه بالقيمة وهي دراهم مخالفة للمتلف في الجنس والصفة، لكنها تساويه في المالية، وإما أن يضمنه بثياب من جنس ثياب المثل، أو آنية من جنس آنيته، أو حيوان من جنس حيوانه مع مراعاة القيمة بحسب الإمكان. ومع كون قيمته بقدر قيمته، فهنا المالية مساوية كما في النقد وامتاز هذا بالمشاركة في الجنس والصفة فكان ذلك أمثل من هذا. وما كان أمثل فهو أعدل فيجب الحكم به إذا تعذر المثل من كل وجه». (ينظر مجموعة الفتاوى: ٢٠/ ٣٠٧).

(١) ينظر امرأتنا في الشريعة والمجتمع: ٨٢.

(٢) قرار ٦٠٨- طلاق- تعسف- تعويض ١٤٨/ ١٢٨ في ٢٤/ ٢/ ١٩٧٦. (ينظر المبادئ القانونية: ١٦٧).

(٣) يؤكد هذا قرار آخر رقم ٦١٣ ينص على أن «الطّلاق التعسفي يستحق التعويض عنه للمرأة الفقيرة المتضررة ولو كان الطّلاق قبل الخلوة والدخول لإطلاق النص». (ينظر المبادئ القانونية: ١٦٨).

ظالم، وجرى التفريق بينه وبين زوجته لظلمه، فيمكن للزوجة أن تطالب بتعويض طلاق التعسف إذا تحقق شرط الفقر والفاقة لاتحاد العلة في كلا الحالين»[١].

يؤخذ من هذا القرار أن تحقق ضرر المطلقة بوقوعها في الفقر هو علة مطالبتها بالتعويض، فيرفع ضررها بتعويض[٢] يفرضه القاضي على زوجها. ويؤكد هذه العلة مبدأ آخر ينص على أنّه «الطّلاق التعسفي الموجب للتعويض هو الذي يوقع المطلقة في العوز والفاقة»[٣].

ويستفاد منه عن طريق المفهوم أن المرأة إذا لم يلحقها ضرر نتيجة طلاقها طلاقاً تعسفياً، فلا يحق لها المطالبة بتعويض عن الطّلاق. ويؤيد هذا مبدأ آخر يفيد أن «وجود معيل للمطلقة يمنع الحكم لها بالتعويض عن الطّلاق التعسفي»[٤].

يجمل من هذا كله، أن القصد من الحكم بالتعويض في الاجتهاد القضائي السوري هو رفع ضرر الفقر الذي يبدو للقاضي أن المطلقة تقع فيه. فإذا لم يتحقق وقوعها فيه فلا تعويض تأخذه. وكذلك لا يحق لها المطالبة به إذا كان لها معيل.

وبالنّسبة للذين قالوا بالتعويض من غير الاجتهاد القضائي السوري، فإن موجب استعاضة المطلقة عندهم هو حصول ضرر بالمطلقة ولو لم يقع طلاقها تعسفياً وهذا ما يظهر من مجلة الأحوال الشخصيّة التونسيّة، وكذا وقوع طلاقها بصورة تعسفية، وهذا ظاهر الفصل الثّاني والخمسين من قانون الأُسرة الجزائريّ، والفقرة (ب) من المادّة السّادسة والتسعين من مشروع القانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة. وهو قول الأستاذ علال الفاسي.

---

(١) قرار ٦١٠ - طلاق تعسف تعويض ٦١٩/ ٦٤٢ في ١١/ ١٢/ ١٩٧٢ (ينظر المبادئ القانونية: ١٦٨).

(٢) رأينا أن القانون السوري بقدر تعويض المطلقة لغير سبب معقول والتي سيصيبها فقر بنفقة ثلاث سنوات.

(٣) قرار ٧٩٣ مهر معجل- طلاق تعسفي ٢٩٢ في ٢٢/ ٩/ ١٩٥٥ (ينظر المبادئ القانونية: ٢١٨).

(٤) نقرر هذا المبدأ رقم ٦٣٠- في ٢١/ ٦/ ١٩٧٠ ينظر المبادئ القانونية: ١٧٢.

ج- قاعدة رفع الضرر:

ذلك أن الزّوج حين يطلق زوجته طلاقاً يتعسف في إيقاعه، فإنّه يلحق بها ضرراً، والضرر يرفع في الشريعة الإسلاميّة، وسبيل رفعه هنا أن يحكم لها بالتعويض عنه. جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة أن «الأصل في هذا الحكم أن الشريعة الإسلاميّة الخالدة حرمت الظلم ومنعت الضرر (...) وفي منع الضرر يقول رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: «لا ضرر ولا ضرار»[1]، وتقرّر الشريعة في قواعدها العامّة أن من حق المتضرر بفعل آخر أن يطالبه بتعويض عن ذلك الضرر، والمباشر للضرر ضامن وإن لم يتعمد»[2].

د- حق ولي الأمر في تقييد المباح:

ذلك أنّه «لما كان عموم البلوي وسد الذرائع لها أحكامها في الإسلام، والمحافظة على الصالح العام وعلى كيان الأُسرة التي هي كيان المجتمع، كل ذلك يدعو إلى النّظر في وضع تشريع رادع لمن أساء استعمال الحق والسياسة الشرعيّة في الإسلام تبيح لولي الأمر أن يقيد المباح وأن يقيد المباح وأن يفرض عقوبة أو جزاء على من أساء»[3].

ثالثاً: من لم يقض للمطلقة طلاقاً تسعفياً بالتعويض:

ذكر الشّيخ محمّد أبو زهرة أن رأي أكثر المحاكم المصرية كان هو الحكم بأن لا تعويض في الطّلاق[4]. وصرح بأنّه الحكم الذي اختاره، فنص على أنّه «حكم صحيح يتفق مع المبادئ الإسلاميّة[5]. ولكنهم يعللون الحكم بأن الأصل في الطّلاق هو الإباحة، والحق أن الأصل

(١) سبق تخريجه.

(٢) ينظر المجلة العربيّة للفقه والقضاء: عدد ٢/ ١١٧.

(٣) ينظر الزّواج والفرقة لمحمد سلام مذكور: ١٦٧.

(٤) ينظر الأحوال الشخصيّة: ٣٠٤.

(٥) تعقب الدكتور أحمد الخمليشي تصحيح الشّيخ محمّد أبو زهرة الحكم بأن لا تعويض في الطّلاق، ووصفه إياه بأنّه يتفق مع المبادئ الإسلاميّة. (ينظر وجهة نظر: ٣٠٣ هـ ٤٦).

هو الحظر ولا يباح إلا لحاجة[١] (...) وقد أخطأ من حكم بالتعويض لأجل الطّلاق. ولو كان ثمة شرط يوجب التعويض إذا يكون شرطاً فاسداً»[٢].

رابعاً: مناقشة فكرة التعويض عن الطلاق التعسفي:

١ ـ مناقشتها من حيث أصلها:

يظهر من خلال تتبع كتابات بعض الذين دعوا إلى فرض تعويض للمطلقة طلاقاً تعسفياً، أن الأصل في هذه الفكرة حماية المرأة من سوء تصرف الأزواج. وهي فكرة ظهرت في الغرب حيث الحقوق يقتنها البشر. واقتبسها بعض العرب ودعوا إليها، منهم الطّاهر الحداد[٣] فإن صرح بأنا «لو أردنا أن نذهب في طريق احترام المرأة والشعور بأنها مثلنا في استحقاق الحياة، لحكما لها حتّى على الوعود الكاذبة بالزّواج التي تهيم فيها بالباطل ثم تنقشع من أمامها كالسراب، وهذا ما لجأت إليه محاكم الطّلاق في أوربا فحكمت لها فيه بالتعويض المالي، بل هي قد حكما لها به حتّى في الوعد الصادق الذي تخلف لأسباب خارجة عن تسبب الواعد، حيث إن الضرر لا يتوقف في حدوثه على نية من كان سبباً فيه (...)، إنما الأساس أن لا يضيع على المرأة حق لها بفعل الرّجل دون أن تكون سبباً فيه»[٤].

---

(١) ترجيح الشّيخ محمّد أبو زهرة أن يكون الأصل في الطّلاق هو الحظر وأنه لا يكون إلا لحاجة هو قول جمهور الفقهاء وفيهم أبو بكر ابن العربيّ من المالكيّة وابن عابدين من الحنفيّة. قال أبو بكر ابن العربيّ: «شرع الله النّكاح للألفة، وشرع الطّلاق مخلصا عند وقوع النفرة، وهو أمر لا ينبغي أن يكون أن إلا عند وقت الحاجة». (ينظر القبس: كتاب الطّلاق ج٣/ ٩١). وقال ابن عابدين: «وأما الطّلاق فإن الأصيل فيه الحظر، بمعنى أنّه محظور إلا لعارض يبيحه، وهو معنى قولهم: (الأصل فيه الحظر): والإباحة للحاجة إلى الخلاص فإذا كان بلا سبب أصلا، لم يكن فيه حاجة إلى الخلاص، بل يكون حمقا وسفاهة رأي ومجرد كفر أن النعمة وإخلاص الإيذاء بها وبأهلها وأولادها». (ينظر حاشية ابن عابدين: ج٤/ ٣١٥).

(٢) ينظر الأحوال الشخصيّة: ٣٠٤.

(٣) هو الذي تزعم فكرة تحرير المرأة في تونس كما تزعمها قاسم أمين في مصر.

(٤) امرأتنا في الشريعة والمجتمع: ٨٢.

وليس عيبا أن يقتبس المسلمون من غيرهم ما به تحقيق كرامة الإنسان، ولكن هذا مقيد بطهارة الوسائل من سيئة مخالفة أحكام الشريعة الإسلاميّة[١]. ثم إن الاقتباس مما عند الغير خطوة تبدأ حين لا يوجد عند من يريد أن يقتبس ما به تحقيق ما يسعى إليه.

وفيما يخص إساءة الأزواج استعمال الطّلاق، فقبل العمل على فرض تعويض عليهم وجب دراسة النازلة والبحث عن أسبابها وما يمكن معالجتها به وفق الأحكام الشرعيّة. وقد نبه الشّيخ محمود شلتوت على أنّه «في هذه الأيام كثر الكلام حول الطّلاق، وشغل النَّاس بمقترحات لعلاج هذه الظاهرة كادت تمس أصل مشروعية الطّلاق. (...) وإن من يمعن النّظر في أسباب الطّلاق، ليجدها على كثرتها ترجع إلى سببين رئيسين أحدهما: إهمال الوصايا الدينية فيما يتعلّق بتكوين الأُسرة وبسلامتها بعد تكونها من الشقاق بين الزّوجين. والثاني: التزام مذاهب معينة في الحكم بوقوع الطّلاق بالنظر إلى ألفاظه، وبالنظر إلى الحالة التي يكون عليها الزوجان، بينما نجد مذاهب أخرى قوية لا ترى وقوعه في كثير من الحالات ولا بكثير من الألفاظ، أي أنها تضيق دائرة وقوعه إلى حد يجعله كما شرعه الله، ضرورة لا بد منها هي الإنقاذ»[٢].

٢- مناقشتها من حيث الأدلة التي بنيت عليها[٣]:

أ- أمّا بناءً الفريق الذين قالوا بالتعويض قولهم على أن الظلم محرم في الإسلام، فيوهم أن الظلم أمر طارئ، وليس هو كذلك فإن الله تعالى شرع الطّلاق وهو يعلم سبحانه أن من النَّاس من يحسن استعماله ومنهم من يسيئه فتتضرر منه المطلقة.

---

(١) مما يسقط فيه الذين ينادون بحقوق الإنسان بصفة عامّة والمرأة بصفة خاصّة، اعتمادهم المطلق على المواثيق الدولية أصلا يحتكم إليه، مع أن هذه المواثيق وضعت للإنسان مجردا عن معتقداته، أي من غير مراعاة خصوصياته.

(٢) ينظر الفتاوى- ٣٠٧-٣٠٨.

(٣) سيقتصر الأمر على مناقشة أدلّة الفريق الأوّل الذين قالوا بأحقية المطلقة بالاستعاضة عن الطّلاق التعسفي لورودها عندهم.

ـ ولقد ذهب الدكتور أحمد الخمليشي إلى أن العدل يكمن في الحكم للمطلقة طلاقاً تعسفياً بالتعويض[1]. ورأى أن فيه «رفع ما كان في القانون السابق من ظلم أو حيف بأحد أطراف العلاقة التي كان ينظمها»[2]. وعنده أن الاعتقاد بأن تعديل أحكام الأُسرة يستتبع الطعن في سلوك السلف «هو سبب القول بمنع القضاء من الحكم بالتعويض للمطلقة وإن كان طلاقها تعسفياً وحراماً»[3].

وليس أحد يكره أن يتحقق العدل في أمور الحياة كلها، ومنها أحكام الأسرة، ولكن من منطلق أن ما كان منصوصاً عليه بالوحي، وجب العمل به والدّعوة إليه إذا جهله النَّاس أو أعرضوا عنه، لا المطالبة بتعديله. فإن التعديل يمس الأحكام غير المنصوصة بالوحي إذا تغيرت أسبابها أو نتائجها، أو كانت جديدة بالمرة، وهذا له أهله المسؤولون عنه. وما عدا ذلك فالشارع أعلم بمقاصده. وقد وضع أحكامه المنصوصة - لأول مرة - على العدل ونفي الظلم، فهي محققة لذلك.

هذا، وإن قدر التعويض الذي فرضه قانون الأُسرة السوري على من يتعسف في طلاق زوجته هو نفقة ثلاث سنوات، فهل من العدل فرض عقوبة على الزّوج بهذا القدر؟ وهل من العدل فرض جراية يرتفع قدرها أو ينخفض تبعاً لما يطرأ من تغيرات إلى أن يتوفى الله المطلقة أو يتغير وضعها الاجتماعي، وتكون ديناً قوياً في ذمة الزّوج الذي طلقها ما دام حياً وعلى تركته إذا مات كما هو منصوص عليه في مجلة الأحوال الشخصيّة التونسيّة؟

ب- وأما احتجاجهم بالقياس أي قياس ما يتلفه الزّوج من المرأة على قياس ما يتلفه الإنسان من مال الغير، فاستعماله لا يصلح لأن الطّلاق ثبت بالنص ولم يرد في القرآن ولا

---

(١) انتقد الدكتور أحمد الحمليشي تصريح الشّيخ محمّد أبو زهرة بأن العدل أحد الأهداف التي اتجه إلى تحقيقها الإسلام في أحكامه، مع أنّه يرى أن الحكم بالتعويض عن الطّلاق التعسفي يتنافي مع المبادئ الإسلاميّة. وتساءل: «أين تطبيق «العدل» الذي هو أحد الأهداف الثلاثة للشريعة». (ينظر وجهة نظر: ٣٠٣ هـ ٤٦).

(٢) ينظر وجهة نظر: ١٤٧.

(٣) ينظر وجهة نظر: ١٤٧.

السُّنَّة ما يتقرّر به التعويض عنه. وقد شرع الله - عند تعذر استمرار الحياة الزوجيّة - طلاق المدخول بها وغير المدخول بها وأوجب لها حقوقاً منصوصة.

لعلها تنكح زوجاً غيره. قال تعالى: ﴿ وَإِن تُصْلِحُواْ وَتَتَّقُواْ فَإِنَّ اللهَ كَانَ غَفُوراً رَّحِيماً وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللهُ كُلاًّ مِّن سَعَتِهِ ﴾[1].

وأيضاً شرع للمدخول بها أن تختلع من زوجها، وتدفع في مقابل ذلك عوضاً، وهي راضية بدفعه، من غير تضخيم لما يتلفه الزّوج من حياتها.

وكذلك لا يصلح قياس التعويض على المتعة، لأن المتعة شرعت أصلاً للمطلقات، فيكون ما يفرض للمطلقة تعويضاً لها عن الطّلاق عقوبة مالية زائدة تفرض على الزّوج بغير حق.

ج- وكذلك احتجابهم بقاعدة رفع الضرر لا يصح لأن الشَّارع وضع للطلاق أحكاماً منصوصة على رفع الضرر، فهذه الأحكام محققة لذلك.

٣ـ مناقشتها من حيث صعوبة التحقق من أسباب الطلاق:

وهذه الصعوبة تحصل عند تطبيق الفكرة، أي عند البحث في أسباب الطّلاق. فقد سبق أن قانون الأُسرة السوري عد الطّلاق تعسفياً إذا توفر فيه شرطان اثنان، أحدهما: أن يتعسف الزّوج فيه، والثاني: أن يظهر للقاضي أن المطلقة سيصيبها بؤس وفقر.

وإذا نحن استثنينا الصورة الأولى للتعسف في الطّلاق، وهي أن يوقعه الزّوج في مرض موته ونحوه، باعتبار أن الفقهاء قديماً تناولوها، فإنا نجد صورته الأخرى وهي أن يوقعه بدون سبب معقول، وردت بلفظ عام غير مانع. ذلك أن مسوغات الطّلاق لا تكون دائماً خاضعة لوسائل الإثبات، مما يجعل من الصعب في بعض الحالات الحكم على طلاق بأن

---

(١) سورة النساء، الآية ١٢٩.

زوّجها تعسف فيه أم لا. ولنضرب لذلك مثلاً كراهة أحد الزّوجين الآخر، هل يمكن إخضاعها للإثبات؟ وإن الله تعالى أقر هذا السبب في الطّلاق فقال سبحانه: ﴿ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَن تَكْرَهُوا شَيْئاً وَيَجْعَلَ اللهُ فِيهِ خَيْراً كَثِيراً ﴾[١]. وكذلك الرسول صلّى الله عليه وسلّم أقر خلع امرأة لغير سبب ظاهر.

نعم إذا اشتهر أن شخصاً يتزوج المرأة إذ تكون بكراً ثم يطلقها ليتزوج أخرى، فإنّه ينبغي زجره والتحذير منه.

خامساً: الخلاصة:

نخلص من كل هذا إلى القول بأن التعويض عن الطّلاق التعسفي، ورد مجملاً في أغلب قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة، وورد مقيداً بأمرين في قانون الأحوال الشخصيّة السوري أحدهما: تعسف الزّوج في الطّلاق، والثاني: أن يتبين للقاضي أنّه سيوقع الزوجة في بؤس وفاقة، ويقدر التعويض في نفقة ثلاث سنوات. وهذا الإجراء يرد عليه ما يلي:

١- أنّه يعم جميع المطلقات المدخول بهن وغيرهن، ومعلوم أن طلاق غير المدخول بها، غالباً ما يكون سببه سوء تفاهم الزّوجين، فيقع الطّلاق منعاً لمفسدة متوقعة في الغالب. وتأخذ المطلقة عندئذ نصف الصداق وهي لم تفقد شيئاً، فبأي حق تستعيض عن طلاقها؟

٢- أنّه يؤدي إلى منع إيقاع الطّلاق الذي لا تعسف فيه[٢].

٣- أنّه لا يستحضر ما أوجبه الله من حقوق للمطلقة. فمن حقوقها التي اتفق عليها الفقهاء أنّه للمعتدة الرجعية النّفقة[٣] ويدخل فيها رزقها وكسوتها وإسكانها ومتعتها.

---

(١) سورة النساء، الآية ١٩.

(٢) ينظر تنظيم الإسلام للمجتمع: ٨٩-٩١.

(٣) ينظر بداية المجتهد: ج٢/ ٩٥.

سواء أحسن الزّوج في طلاقها أو أساء. فأما نفقة عدتها فيدل عليها قوله تعالى: ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ﴾(١). وكذلك المطبقة الحامل لقوله تعالى: ﴿ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾(٢). وأما إسكانها فيدل عليه قوله تعالى: ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ﴾(٣). وأما تمتيعها فيدل على قوله تعالى: ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾(٤)، فإن ظاهرة فرض المتعة لكل مطلقة. وكذلك قوله تعالى: ﴿ لاَّ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاء مَا لَمْ تَمَسُّوهُنُّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴾(٥) فإنّه ورد في آية المطلقات قبل البناء وقبل فرض الصداق سواء وقع الطّلاق على وجه فيه تعسف أم لا(٦).

وقد نقل القرطبي اختلاف الصحابة والعلماء من بعدهم فيما يعود عليه الضمير في قوله تعالى: ﴿ وَمَتِّعُوهُنَّ ﴾ هل يعود على صنف معين من المطلقات أم يعمهن جميعاً؟ فنقل عن الإمام مالك وأصحابه «أن المتعة مندوب إليها في كل مطلقة وإن دخل بها إلا في التي لم يدخل بها وقد فرض لها، فحسبها ما فرض لها ولا متعة لها»(٧). وأيضاً نقل اختلافهم فيما يحمل عليه الأمر في قوله تعالى: ﴿ وَمَتِّعُوهُنَّ ﴾ هل يحمل على الوجوب أم الندب؟ ومذهب الإمام

(١) سورة الطلاق، الآية ٧.

(٢) المصدر نفسه، الآية ٦.

(٣) المصدر نفسه، الآية ١.

(٤) سورة البقرة، الآية ٢٤٠.

(٥) سورة البقرة، الآية ٢٣٤.

(٦) يجب التنبيه على أن من قالوا بفرض تعويض على المطلق بسبب تعسفه في الطّلاق بناءً على تقرير المتعة في الكتاب فرضوها للمطلقة في حالة وقوع طلاقها تعسفيا، لكنهم غالوا فيها حتّى صارت غرامة يؤديها من تعسف في طلاق زوجته. بينما الأمر في تشريع المتعة أنها تستفيد منها المطلقة بغير النّظر إلى الصورة التي وقع طلاقها عليها.

(٧) الجامع لأحكام القرآن: ج٣/ ٢٣٦.

مالك أنّه مندوب إليها، وهذا الحكم معلل عنده بأنها ذكرت في الكتاب من باب الإحسان. جاء في المدوّنة الكبرى: «قلت: قال مالك: إنما خفف عندي في المتعة ولم يجبر عليها المطلق في القضاء في رأيي، لأني أسمع الله تعالى يقول: ﴿ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾ و ﴿ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴾. فلذلك خفف عندي ولم يقض بها»(١).

وتعقب هذا ابن حزم بأن «المتعة فرض على كل مطلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً، وطئها أم لم يطأها، فرض لها صداقها أو لم يفرض لها شيئاً. (...) ويجبره الحاكم على ذلك أحب أم أكره. (...) لأن الله تعالى قد عم ولم يخص. (...) ومن عجائب الدنيا احتجاج من لا يوجبون المتعة بأن الله تعالى إنما أوجبها على المتقين والمحسنين لا على غيرهم. (...) كل مسلم هو على أديم الأرض فهو يقول لا إله إلا الله محمّد رسول الله من جهة المتقين بقول ذلك وإيمانه ومن جهة المحسنين»(٢).

ونقل الاختلاف في المسألة القرطبي في تفسيره، فذكر مذهب الذين قالوا بوجوبها لكل مطلقة ومذهب الذين قالوا بندبها ثم رجح حمله على الوجوب خلافاً لمالك، وصرح بأن «القول الأوّل أولى، لأن عمومات الأمر بالإمتاع في قوله ﴿ مَتِّعُوهُنَّ ﴾ وإضافة الإمتاع إليهن بلام التمليك في قوله: ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ ﴾ أظهر في الوجوب منه في الندب. وقوله: ﴿ عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾ تأكيد لإيجابها، لأن كل واحد يجب عليه أن يتقي الله في الإشراك به ومعاصيه، وقد قال تعالى في القرآن: ﴿ هُدًى لِّلْمُتَّقِينَ ﴾»(٣).

وممن رجح القول بإيجاب المتعة لكل مطلقة من الفقهاء المعاصرين الأستاذ علال الفاسي، واحتجّ له بنصوص النهي عن العبث في استعمال الحق فقال: «نرى أن للمرأة أن تطالب بمعاقبة الزّوج الذي يطلقها إذا أثبتت أنّه استعمل حقه في الطّلاق لغاية غير شريفة.

---

(١) ينظر المدوّنة الكبرى: ج٢/ ٣٣٣.

(٢) المحلى: ج١٠/ ٢٤٥-٢٤٦.

(٣) ينظر الجامع لأحكام القرآن: ج ٦/ ٢٣٦.

ويمكن أن يدخل ذلك في قول عمر بن عبد العزيز (تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور). وفي كل الأحوال نرى أن من الواجب فرض تمتيع المطلقة، أي إعطائها تعويضاً لائقاً بحسب مركزها ويسر الزوج»[1]. وحمل الأمر في قوله تعالى: ﴿ وَمَتِّعُوهُنَّ ﴾ على الوجوب خلافاً لمذهب المالكيّة «نظراً للمصلحة التي تفرضها الظروف الحالية لحماية المرأة مساعدتها، وكبح جماح الرّجال الذين يتسرعون للتطليق»[2].

ولقد حاول قانون الأحوال الشخصيّة المصري حسم الاختلاف في المسألة بفرض متعة مقدرة بزمن معين فوق نفقة العدة عند وقوع الطّلاق بصورة تعسفية، فنص في المادّة الثّامنة عشرة مكرر من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٨٤ على أن «الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها بدون رضاها ولا بسبب من قبلها؛ تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل، وبمراعاة حال المطلق يسراً وعسراً وظروف الطّلاق ومدة الزوجيّة.

ويجوز أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط» وعللت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون فرض هذا القدر للمتعة بحاجة المطلقة إلى «معونة أكثر من نفقة العدة تعينها من الناحية المادية على نتائج الطّلاق (...) وفي الوقت نفسه تمنع الكثيرين من التسرع في الطّلاق».

لكن إذا كان الشّارع قد أوكل تقدير المتعة إلى الأزواج المطلقين ﴿ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ ﴾[3]؛ فإنّه لم يجعلها عقوبة على الطّلاق.

بهذا يكون الشّارع قد ضمن للمطلقة حقوقاً هي نفقة العدة وسكناها ومتعتها، وهذه كلها تعويضات تأخذها. وإن المنهج يقتضي قبل القول بفرض عقوبة زجرية لمنع مفسدة؛ أن يبحث عن أسبابها، لمعرفة موطن الخلل ومصدره. فإن كل جهل النّاس بخطورة ما يصنعون،

(١) النقد الذاتي: ٢٩٧.

(٢) المصدر نفسه.

(٣) سورة البقرة، الآية ٢٣٤.

فيُنبغي تعليمهم وتربيتهم على حفظ حدود الله في المسألة؟ وهذا ما قرره الدكتور مصطفى السباعي – وهو من المؤيدين لفرض تعويض للمرأة على طلاقها طلاقاً تعسفياً– فذكر أن «مثل هذه الحالات يعني الحالات التي يسيئ الأزواج فيها الطّلاق لا يستطيع أي قانون في الدنيا أن يحتاط لمنع وقوعها، وإنّما المدار في ذلك على التربية الدينية ويقظة الضمير واستقامة الوجدان. وهذا ما حرص الإسلام على أن يربي عليه المسلم تربيه تمنعه من الإساءة لا إلى زوجته فحسب، بل إلى أي إنسان كان قريباً أو بعيداً، مواطناً أو أجنبيا»[1].

(١) ينظر المرأة بين الفقه والقانون: ١٤٧.



خاتمة البحث

بهذا أكون بسطت – حسب الجهد والطاقة – ما أردت بسطه من الاجتهاد الفقهيّ المعاصر في أحكام الأسرة. وقد ظهر أن اجتهادات الفقهاء المعاصرين تتوزع على قسمين:

أحدهما: اجتهادات انتقائية موضوعها المسائل التي تناولها الفقهاء قديماً واختلفوا فيها. وقد أخذ الفقهاء المعاصرون منها ما بدا لهم صالحاً لأهل عصرهم، فملت إلى أحد آرائهم – بعد مناقشتها – بحسب ما ظهر لي من قوة فيه.

والثاني: اجتهادات إنشائية موضوعها المسائل التي جدت في أحكام الأُسرة وكذا المسائل التي ناقشها الفقهاء قديماً وجد فيها نظر الفقهاء المعاصرين. وقد ناقشت آراءهم فيها وخلصت إلى ترجيح واحد منها.

واعتقد أن هذا العمل بعد الوصول به إلى هذا الحد هو ثمرة ما أعم الله به علي من جهد صرفته لتهيئه ﴿ وَإِن تَعُدُّواْ نِعْمَتَ اللهِ لاَ تُحْصُوهَا ﴾. وهو بالطبع مطبوع بصفة النقص الذي يلزم الإنسان في عمله. وإن كنت أشعر بأني بصدد ختمه فإن شعوراً تولد لي أثناء هذه المسيرة العلميّة أنّه لا يمكن إنهاؤه. فالبحث في أحكام الأُسرة ليس بحثاً جامداً، ولكنه بحث متجدد لأن موضوعه الإنسان في علاقته ببيئته.

وأنه لحق أن للأسرة في النّظر الشرعيّ أسساً تقوم عليها وضوابط تنظم علاقة أفرادها فيما بينهم من أجل استقرارها واستمرارها، ولكنها بسبب ما يحيط بها من تحديات وما ينزل في طريقها من نوازل يجعل الشعور يتعمق بضرورة استمرار البحث فيها وتتبع ما يجد فيها.

ويمكن إجمال ما استنتجته من نتائج فيما يلي:

أ- يظهر من خلال قراءة القرآن الكريم أن فيه تفصيلاً كبيراً لأحكام الأسرة؛ وهذا يدل على خطورتها. فمن الآيات القرآنية ما جاءت بأحكام قطعيّة تقتضي الامتثال، وهي حدود الله؛ ومنها ما وردت لبيان الأصل في بعض المسائل وتركت الأمر في تنزيلها للمعروف عند النّاس في كل عصر ومصر.

ب- نملك نحن المسلمين تراثاً ضخماً من الآراء الفقهيّة في أحكام الأسرة. وقد أدرك الشّيخ محمّد الغزالي ضخامته هاته فذكر أنّه «خير المسلمين أن نقتبس من تراثنا ما يصون مجتمعنا ويحميه من نزوات الأفراد، أمّا الزهد في هذا التراث كله فهو الذي فتح الطريق لمحاولات تنصير قوانين الأسرة»[١]. وليس في هذا دعوة إلى العيش في الماضي، ولكنه قناعة بأن من آراء الفقهاء قديماً التي تقضي بفك العصمة الزوجيّة ما لا يزال معمولاً بها مع أن هناك آراء أخرى لغيرهم لا تقضي بذلك، وأولى لنا أن نأخذ منها بما يحافظ على استقرار الأسرة.

ج- تتميز قوانين الأحوال الشخصيّة في البلاد العربيّة بأنها وحدها مأخوذة من الفقه الإسلاميّ، كل واحد منها اعتمد في تدوينه على المذهب الفقهيّ المعمول به في بلده. ولقد أكد وزراء العدل العرب منذ مؤتمرهم الأوّل في الرباط يوم ١٤-١٦/ ١٢/ ١٩٧٧ أن «وحدة التّشريع بين الدول العربيّة هدف قومي ينبغي السعي إلى تحقيقه، وأن اتباع أحكام الشريعة الإسلاميّة هو أسلم الطرق وأوحدها للوصول إلى هذه الغاية»[٢] ومنذ ذلك التاريخ توحدت جهودهم لإنجاز قانون عربي موحد للأحوال الشخصيّة يأخذ بعين الاعتبار ظروف المجتمع في كل قطر عربي، فتوجت أعمالهم بعد أحد عشر عاماً من العمل بـ«وضع مشروع بصيغة تشكل أرضية مشتركة قابلة للاعتماد والإقرار والتنفيذ»[٣]. لكن مع الأسف بقي ذلك العمل الضخم حبراً

---

(١) ينظر قضايا المرأة: ١٨٤.

(٢) ينظر وثيقة الكويت للقانون العربيّ الموحد للأحوال الشخصيّة: ٣

(٣) المصدر نفسه: ١٨.

على ورق. وبدل أن تنصب الجهود على الانتقال إلى تدوين مشاريع قانونية أخرى موحدة؛ توقف عمل مجلس وزراء العدل العرب عند هذا الحد. وبالمقابل ارتفعت أصوات تطالب بتغيير قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة إلى قوانين بديلة مرجعها مطلق الاتفاقات الدولية.

د- كان للشبهات العنيفة التي عرضها أعداء الإسلام في شؤون الأُسرة خاصة خلال فترة التسلط العسكري المباشر أثرها على تفكير بعض الفقهاء المعاصرين، إذ جعلتهم ينادون بتقييد أو منع بعض المباحات عن طريق تأويل النّصوص الشرعيّة واليوم وقد تعددت مصادر الشبهات وتجرأ على الاجتهاد من لم يكن من أهله؛ صار على أهل العلم الشرعيّ أن ينهضوا للقيام بواجبهم بالبيان والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

هـ- ظهر لي بعد هذه الجولة مع هذا العمل أن أكثر ما تعاني منه البيوت من مشاكل سببه الجهل بضوابط الشّرع التي تحكم بناءَ الأُسرة وتنظم العلاقة بين الزّوجين. وهذا يدعو إلى تضافر جهود عدّة مؤسسات علميّة ودعوية وتربوية وثقافية للتوعية بهذا الجانب.



قائمة المراجع

القرآن الكريم برواية ورش:

١- آباء وأبناء ملامح تربوية في القرآن الكريم: الدكتور فاروق حمادة، ط١/١٤١٨-١٩٩٧، دار القلم دمشق.

٢- أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربيّة السعوديّة: ١٤١٤هـ - ١٩٩٤، مكتبة السُّنَّة، القاهرة.

٣- أبغض الحلال: الدكتور نور الدّين عتر، ط ٤/ ١٤٠٥ - ١٩٨٥، مؤسسة الرسالة بيروت.

٤- الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان، ترتيب الأمير علاء الدّين على بن بلبان الفارسي (ت ٧٣٩هـ)، تقديم وضبط كمال يوسف الحوت، ط١/ ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧، دار الكتب العلميّة، بيروت لبنان.

٥- أحكام الأحول الشخصيّة في العراق: الأستاذ محمّد شفيق العاني، معهد البحوث والدراسات العربيّة ١٩٧٠.

٦- أحكام الأُسرة في الإسلام: الأستاذ محمّد مصطفى شلبي، ط٢/ ١٣٩٧هـ- ١٩٧٧، دار النهضة العربيّة، بيروت.

٧- إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام: أبو الفتح الشهير بابن دقيق العيد (ت٧٠٢هـ)، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان.

٨- أحكام أهل الذمة: أبو عبد الله محمّد بن أبي بكر ابن القيم (ت٧٥١هـ)، تحقيق وتعليق أبو براء يوسف بن أحمد وأبو أحمد شاكر بن توفيق العاروري، ط١/١٤١٨هـ - ١٩٨٧، رمادي للنشر، الدمام السعوديّة.

٩- أحكام الزَّواج في مدوّنة الأحوال الشخصيّة، الدكتور إدريس الفاخوري، ط١/ ١٤١٤هـ - ١٩٩٣، مركز الخدمات المتحدة، الدَّار البيضاء.

١٠- أحكام القرآن: أبو بكر الجصاص، دار الفكر.

١١- أحكام القرآن: أبو بكر محمّد بن عبد الله بن عبد الله المعروف بابن العربيّ (ت٥٤٣هـ). تحقيق محمّد علي البجاوي، دار الفكر ١٩٧٢.

١٢- أحكام القرآن: عماد الدّين الطبري المعروف بالكيار هراسي (ت٥٠٤هـ)، ط٢/ ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥، دار الكتب العلميّة بيروت.

١٣- الأحوال الشخصيّة: الشّيخ محمّد أبو زهرة، ط٣/ ١٣٧٧هـ - ١٩٥٧، مطبعة مخيمر، نشر دار الفكر العربيّ.

١٤- الأحوال الشخصيّة: أحمد الحصري، ١٣٨٧هـ - ١٩٦٨، مكتبة الكليات الأزهرية.

١٥- الأحوال الشخصيّة في الشريعة الإسلاميّة: محمّد محي الدّين عبد الحميد، ط٢/ ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨، مطبعة السعادة مصر.

١٦- إحياء علوم الدين: أبو حامد الغزالي، نشر دار الكتاب العربيّ.

١٧- أسد الغابة في معرفة الصحابة: عز الدّين ابن الأثير (ت٦٣٠هـ)، ١٣٤٠هـ- ١٩٧٠ دار الفكر.

١٨- الأسرة المغربيّة ثوابت ومتغيرات: كنزة لمراني العلوي، مطبعة المعارف الجديدة الرباط ١٩٨٦.

١٩- الأسرة ومشكلاتها: محمود حسن، دار النهضة العربيّة، بيروت ١٩٨١.

٢٠- الإسلام وأوضاعنا القانونية: عبد القادر عودة، مطبعة دار الكتاب العربيّ، القاهرة ١٩٥١.

٢١- الإسلام عقيدة وشريعة: محمود شلتوت، ط٣/ ١٩٦٦، دار القلم، القاهرة.

٢٢- الإسلام والمرأة واقع وآفاق: خديجة صبار، ط١/ ١٩٩٢، طبع إفريقيا الشرق، الدَّار البيضاء.

٢٣- الإشراف على مسائل الخلاف: القاضي عبد الوهاب البغدادي الملكة (ت٤٢٢هـ)، مطبعة الإرادة، تونس د. ت.

٢٤- أضواء البيان، تفسير القرآن بالقرآن: محمّد الأمين بن المختار الشنقيطي، عالم الكتب، بيروت - د. ت.

٢٥- الأعمال الكاملة للشيخ محمّد عبده: جمع محمّد عمارة، ط١/ ١٩٩٧٢ المؤسسة العربيّة للدراسات والنشر، بيروت.

٢٦- إعلان الموقعين عن رب العالمين: أبو عبد الله محمّد بن أبي بكر الشهير بابن القيم (ت٧٥١هـ)، تحقيق وتعليق عصام الدّين الصبابطي، ط١/ ١٤١٤هـ، ١٩٩٣، دار الحديث القاهرة.

٢٧- إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان: لأبي عبد الله ابن القيم (ت٧٥١هـ)، تحقيق محمّد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت لبنان.

٢٨- الأم: محمّد بن إدريس الشافعيّ (ت٢٠٤هـ)، ط٢/ ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣، دار الفكر بيروت.

٢٩- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: الإمام علاء الدّين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفيّ (ت٥٨٧هـ)، ط٢/ ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢، نشر دار الكتاب العربيّ، بيروت.

٣٠- البيان والتحصيل: لأبي الوليد ابن رشد القرطبي (ت٥٢٠هـ)، تحقيق محمّد العرايشي، ط٢/ ١٤٠٨ - ١٩٨٨، دار الغرب الإسلاميّ.

٣١- بحوث في فرق النّكاح الدائة بين الفسخ والطّلاق وأسبابها: الدكتور عبد العزيز السماحي، ط١/ ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦، مطبعة الفجر الجديد.

٣٢- بحوث في الشريعة الإسلاميّة والقانون: الدكتور محمّد عبد الجواد محمد، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧.

٣٣- بداية المجتهد ونهاية المقتصد: أبو الوليد محمّد ابن رشد القرطبي (ت٥٩٥هـ) ط١٠/ ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨، دار الكتب العلميّة، بيروت.

٣٤- تأملات إسلامية حول المرأة: محمّد حسين فضل الله، ط٤/ ١٤١٣هـ - ١٩٩٣، دار الملاك.

٣٥- تاريخ المذاهب الإسلاميّة: الشّيخ محمّد أبو زهرة، دار الفكر العربيّ.

٣٦- تحرير المرأة في عصر الرسالة: عبد الحليم أبو شقة، ط١/ ١٤١٠هـ - ١٩٩٠، دار القلم، الكويت.

٣٧- التحرير والتنوير: الشّيخ محمّد الطّاهر بن عاشور، الدَّار التونسيّة للنشر.

٣٨- التدريب على الوثائق العدلية: أبو الشتاء ابن الحسن الغازي الحسيني الشهير بالصنهاجيّ (ت١٣٦٥هـ - ١٩٤٦)، تعليق أحمد الغازي الحسيني، ط٢/ ١٤١٥هـ - ١٩٩٥، مطبعة الأمنية الرباط.

٣٩- ترغيب المشتاق في أحكام مسائل الطّلاق: عبد المعطي بن سالم السملاوي الشافعيّ (ت١١٢٧هـ) تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلميّة ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦، بيروت لبنان.

٤٠- تشريعات الأحوال الشخصيّة في مصر: كمال صالح البنا، ط١/ ١٩٧٦، الشركة المصرية للطباعة والنشر.

٤١- تشريعات الأحوال الشخصيّة للمسلمين: يس الشاذلي، ط٣/ ١٩٨٧، مطبعة التيسير القاهرة.

٤٢- التعسف في استعمال الحق في ضوء المذهب المالكيّ والقانون المغربيّ: الدكتور محمّد رياض، ط١/ ١٩٩٢، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش.

٤٣- التعليق على قانون الأحوال الشخصيّة: الدكتور أحمد الخمليشي، ط٢/ ١٩٨٧، مكتبة المعارف، الرباط.

٤٤- تغليق التعليق على صحيح البخاري: الحافظ أحمد بن على ابن حجر العسقلاني، تحقيق سعيد بن عبد الرحمن بن موسى، ط١/ ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥ المكتب الإسلاميّ.

٤٥- تفسير القرآن العظيم: أبو الفداء إسماعيل ابن كثير القرشي، ط١/ ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨، دار الندي، بيروت لبنان.

٤٦- تفسير سورة النور: أبو الأعلى المودودي، تعريب محمّد عاصم الحداد، دار الفكر.

٤٧- تفسير المراغي: أحمد مصطفى المراغي، دار الفكر، ١٣٦٥هـ.

٤٨- التقريب شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة: الأستاذ علال الفاسي، إعداد وتصحيح عبد الرحمن بن العربيّ الحريشي، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦، مطبعة الرسالة، الرباط.

٤٩- تقسيم العمل بين الجنسين في ضوء القانون المغربي والفقه الإسلاميّ: فريدة بناني، سلسلة منشورات كلية العلوم القانونية بمراكش رقم ٩-٩٢/ ٩٣، ط١/ ١٤١٣هـ - ١٩٩٢.

٥٠- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: الحافظ أبو عمر يوسف ابن عبد البر (ت٤٦٣هـ) ج١٥، تحقيق سعيد أعراب ١٤٠٦هـ - ١٩٨٥، مطابع الشويخ ديسبريس، تطوان المغرب.

٥١- جامع البيان عن تأويل أي القرآن: أبو جعفر بن جرير الطبري (ت٣١٠هـ)، دار الفكر، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨.

٥٢- الجامع لأحكام القرآن: أبو عبد الله محمّد بن أحمد الأنصاري القرطبي، دار الكتب العلميّة، بيروت لبنان سنة ١٤١٣هـ - ١٩٩٣.

٥٣- الاجتهاد في الشريعة الإسلاميّة: الدكتور يوسف القرضاوي، ط٢/ ١٤١٠هـ - ١٩٨٩، دار القلم الكويت.

٥٤- الاجتهاد الفقهيّ أي دور جديد: سلسلة ندوات ومناظرات رقم ٥٣، تنسيق الدكتور محمّد الروكي، منشورات كلية الآداب بالرباط، ط١/ ١٩٩٦، مطبعة النجاح الجديدة الرباط.

٥٥- حاشية ابن عابدين: محمّد أمين عابدين لدمشقي (ت١٢٥٢هـ)، تحقيق محمّد صبحي حسن حلاق وعامر حسين، ط١/ ١٤١٩هـ - ١٩٩٨، دار إحياء التراث، بيروت لبنان.

٥٦- الحاوي الكبير: في فقه مذهب الإمام الشافعيّ: أبو الحسين على بن محمّد بن حبيب الماوردي، تحقيق الشّيخ محمّد معوض والشّيخ عادل أحمد عبد الموجود، ط١/ ١٤١٤هـ - ١٩٩٤ دار الكتب العلميّة بيروت لبنان.

٥٧- حقوق الزوجين: أبو الأعلي المودودي، ١٤٠٨ - ١٩٨٨، الدّار السعوديّة للنشر والتوزيع، جده.

٥٨- حقوق النّساء في الإسلام وحظهن من الإصلاح المحمدي العام: محمّد رشيد رضا، تعليق محمّد ناصر الدّين الألباني، مطبعة المكتب الإسلاميّ سنة ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤.

٥٩- الحلال والحرام في الإسلام: الدكتور يوسف القرضاوي، ط١٠/ ١٣٩٦هـ- ١٩٧٦، دار غريب للطباعة القاهرة.

٦٠- دراسات وبحوث في الفكر الإسلاميّ المعاصر: الدكتور فتحي الدريني، ط١/ ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨، دار قتيبة للطباعة والنشر بيروت لبنان.

٦١- دفع الشك والارتياب عن تحريم نساء أهل الكتاب: عبد الله بن الصّديق الغماري، ط١/ ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩ طنجة.

٦٢- الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب: ابن فرحون (ت٧٩٩هـ)، تحقيق الدكتور محمّد الأحمدي أبو النور، دار التراث القاهرة.

٦٣- روائع البيان تفسير آيات الأحكام من القرآن: محمّد على الصابوني، ط١/ ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦، عالم الكتب بيروت.

٦٤- رؤوس المسائل: المسائل الخلافية بين الحنفيّة والشّافعيّة: العلامة جار الله أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشري (ت ٥٣٨هـ)، دراسة وتحقيق عبد الله نذير أحمد، ط١/ ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧، دار البشائر الإسلاميّة، بيروت، لبنان.

٦٥- روضة الطالبين: لأبي زكرياء يحيي بن شرف الدّين النووى الدمشقي (ت٦٧٦هـ)، تحقيق الشّيخ عادل أحمد عبد الموجود والشّيخ على محمّد معوض، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان.

٦٦- زاد المعاد في هدي خير العباد: ابن القيم وتحقيق شعيب الارنؤوط وعبد القادر عطا، ط١٣/ ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦، مؤسسة الرسالة بيروت ومكتبة المنار الإسلاميّة الكويت.

٦٧- زوجة الغائب: الدكتور محمّد عبد الرحيم محمد، ط١/ ١٤١٠هـ - ١٩٩٠، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة.

٦٨- الزّواج في التّشريع المغربي طبقاً لمدونة الأحوال الشخصيّة: الدكتور عبد العزيز الفلالي أمين، ط٢/ ١٩٦٩، دار الطباعة الحديثة الدَّار البيضاء.

٦٩- الزّواج والطّلاق في الإسلام: زكي الدّين شعبان، المكتبة العربيّة القاهرة، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤.

٧٠- سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلّة الأحكام: محمّد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني، تحقيق حازم على بهجت القاضي، دار الفكر بيروت لبنان ١٤١٥هـ - ١٩٩٥.

٧١- سبل التوفيق في ترجمة عبد الله بن الصديق: أبو الفضل عبد الله بن الصّديق الغماري (ت١٤١٣هـ) مطبعة دار البيان مصر ١٩٨٥.

٧٢- الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار: الحافظ أبو عمر يوسف بن عبد البر (ت٤٦٣هـ)، توثيق عبد المعطي امين قلعجي، ط١/ ١٤١٤هـ - ١٩٩٣، دار قتيبة للطباعة والنشر دمشق - بيروت، ودار الوعي، حلب، القاهرة.

٧٣- سنن أبي داود: أبو داود السجستاني (ت٢٧٥هـ) مراجعة محمّد محي الدّين عبد الحميد، دار إحياء التراث العربيّ.

٧٤- سنن الترمذي: أبو عيسى الترمذي (ت٢٧٩هـ) تحقيق محمّد فؤاد عبد الباقي، دار الحديث القاهرة.

٧٥- سنن النسائي: الإمام النسائي، ط١/ ١٣٤٨هـ - ١٩٣٠، دار الفكر بيروت.

٧٦- سنن ابن ماجة: أبو عبد الله محمّد بن يزيد القزويني الشهير بابن ماجه (ت٢٧٥هـ)، تحقيق محمّد فؤاد عبد الباقي، دار الحديث القاهرة.
٧٧- سنن الدَّار قطني: الحافظ علي بن عمر الدارقطني (ت٣٨٥هـ)، ط٤/ ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦، عالم الكتب.
٧٨- السنن الكبرى: لأبي بك أحمد بن الحسين بن علي البيقهي (ت٤٥٨هـ)، دار الفكر.
٧٩- سنن سعيد بن منصور: سعيد بن منصور ط دار الكتب العلميّة بيروت ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥.
٨٠- سير أعلام النبلاء: شمس الدّين محمّد بن أحمد بن عثمان الذهبي (ت٤٧٨هـ)، أشرف على تحقيقه شعيب الأرنؤوط، ط٧/ ١٤١٠هـ - ١٩٩٠، مؤسسة الرسالة.
٨١- سير الحاث إلى علم الطّلاق الثلاث: يوسف بن عبد الهادي، مطبعة السُّنَّة المحمدية، مصر ١٩٥٣.
٨٢- شجرة النور الزكية في طبقات المالكيّة: الشّيخ محمّد بن محمّد بن مخلوف، دار الفكر.
٨٣- شرح السُّنَّة: الإمام أبو محمّد الحسين بن مسعود الفراء البغوي (ت٥١٠هـ)، تحقيق زهير الشاويش وشعيب الأرنؤوط، المكتب الإسلاميّ، ط٢/ ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣.
٨٤- شرح فتح القدير: الإمام كمال الدّين محمّد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (ت٦٨١هـ) علق عليه الشّيخ عبد الرازق غالب المهدي، ط١/ ١٤٥١هـ - ١٩٩٥، دار الكتب العلميّة، بيروت.
٨٥- شرح قانون الأحوال الشخصيّة السوري: الدكتور عبد الرحمن الصابوني، مطبعة جامعة دمشق، ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢.
٨٦- شرح قانون الزَّواج المغربي: حماد العراقي، المطبعة الملكية (ملكا إخوان) الدَّار البيضاء.
٨٧- شرح القواعد الفقهيّة: الشّيخ أحمد بن الشّيخ محمّد الزرقا، ط٣/ ١٤١٤هـ - ١٩٩٣، دار القلم، دمشق.
٨٨- شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة المغربيّة: الأستاذ عبد الكريم شهبون، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، ١٩٨٧.

٨٩- شرح معاني الآثار: أبو جعفر أحمد بن محمّد الطحاوي (ت٣٢١هـ) ط٢/ ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧، دار الكتب العلميّة، بيروت لبنان.

٩٠- صحيح البخاري: الإمام أبو عبد الله محمّد بن إسماعيل البخاري (ت٢٥٦هـ)، دار الفكر ١٤١٤هـ - ١٩٩٤.

٩١- صحيح مسلم مع شرح النووي: الإمام أبو الحجاج مسلم بن الحسين القشيري (ت٢٦١هـ)، ضبط وتوثيق صدقي محمّد جميل العطار، دار الفكر بيروت ١٤١٥هـ - ١٩٩٥.

٩٢- طبقات الشّافعيّة الكبري: السبكي (ت٧٧١هـ)، تحقيق محمود محمّد الطناحي وعبد الفتاح محمّد الحلو، دار إحياء الكتب العلميّة.

٩٣- الطّلاق في الإسلام وحقوق الإنسان: السيد عبد الحكيم السيد عبد الله، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

٩٤- الطّلاق وحقوق الأولاد والأقارب: الدكتور أحمد محمود الشافعيّ، الدّار الجامعية، بيروت ١٩٨٧.

٩٥- عقبات الزَّواج وطرق معالجتها على ضوء الإسلام: عبد الله ناصح علوان، ط٢/ ١٣٩٨هـ - ١٩٨٧ دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت.

٩٦- الفتاوى: الشّيخ محمود شلتوت (ت١٣٨٣هـ)، ط١٥/ ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨، دار الشروق.

٩٧- الفتاوى الكبرى: ابن تيمية (ت٧٢٨هـ) تحقيق محمّد عبد القادر عطا ومصطفى عبد القادر عطا، ط١/ ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧، دار الكتب العلميّة، بيروت.

٩٨- فتاوى الجنة الدّائمة للبحوث العلميّة والإفتاء بالسعوديّة، جمع وترتيب الشّيخ صفوت الشوادفي، دار التقوى للنشر والتوزيع ١٩٩١.

٩٩- فتاوى معاصرة: الشّيخ الدكتور يوسف القرضاوي، ط٤/ ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨، دار الفكر بيروت.

١٠٠- فتاوى وتوجيهات: إعداد حسن مراد مناع، ط١/ ١٤١١هـ - ١٩٩٠، دار الصفوت الكويت.

١٠١- فتاوى وتوجيهات: إعداد حسن مراد مناع ط١/ ١٤١١هـ - ١٩٩٠، دار الصفوة الكويت.

١٠٢- فتاوى الشّيخ محمّد الصالح العثيمين: إعداد وترتيب أشرف بن عبد المقصود بن عبد الرحيم، ط١/ ١٤١١هـ - ١٩٩١، دار عالم الكتب، الرياض.

١٠٣- فتح الباري شرح صحيح البخاري: الحافظ ابن حجر العسقلاني (ت٨٥٢هـ) دار الفكر بيروت.

١٠٤- الفرقة بين الزّوجين وما يتعلّق بها من عدّة ونسب: الأستاذ علي حسب الله ط١/ ١٣٨٧هـ - ١٩٦٨ دار العهد الجديد للطباعة، القاهرة.

١٠٥- فروع الكافي: أبو جعفر محمّد بن يعقوب الكليني (ت٣٢٩هـ)، صححه وعلق عليه علي أكبر الغفاري، ط٣/ ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥، دار الأضواء بيروت.

١٠٦- الفقه الإسلاميّ وأدلته: الدكتور وهبة الزحيلي، ط٣/ ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩، دار الفكر دمشق.

١٠٧- الفقه المقارن للأحوال الشخصيّة: بدران أبو العينين بدران، دار النهضة العربيّة للطباعة والنشر، بيروت ١٩٦٧.

١٠٨- الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلاميّ: محمّد بن الحسن الحجوي الثعالبي (ت١٣٧٦هـ)، ط١/ ١٣٩٦هـ، دار التراث القاهرة.

١٠٩- فوائد وفتاوى تهم المرأة المسلمة: الشّيخ عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين، جمع وترتيب راشد بن عثمان بن أحمد الزهراني، ط١/ ١٤١٦هـ - ١٩٩٥ دار الصميعي، الرياض السعوديّة.

١١٠- قضايا المرأة بين التقاليد الراكدة والوافدة: الشّيخ محمّد الغزالي، ط٤/ ١٤١٢هـ - ١٩٩٢، دار الشروق.

١١١- قانون الزَّواج والطَّلاق رقم ١٠ لسنة ٨٤ وأسانيده الشرعيّة: الدكتور عبد السلام شريف العالم، ط١/ ١٩٩٠، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي - ليبيا.
١١٢- قضية مدوّنة الأحوال الشخصيّة بالمغرب: الدكتور محمّد الحبيب التجكاني، مطبعة النجاح الجديدة، الدَّار البيضاء.
١١٣- قضية الأحوال الشخصيّة في لبنان: الدكتور بشير البيلاني، ط٤/ ١٩٨٢، دار العلم للملايين، بيروت.
١١٤- الكامل في الضعفاء: الحافظ أبو عبد الله بن عدي الجرجاني، ط٢/ ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥، دار الفكر بيروت.
١١٥- كتاب أحكام النّساء: الحافظ عبد الرحمن بن على بن الجوزي (ت٥٧٩هـ) تحقيق على بن محمّد بن يوسف المحمدي، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨.
١١٦- كتاب البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار: لأحمد بن يحي بن المرتضي (ت٨٤٠هـ)، ط١/ ١٣٦٦هـ - ١٩٤٧، دار الحكمة اليمانية صنعاء.
١١٧- كتاب الثقات: للحافظ محمّد بن حبان البستي (ت٣٥٤هـ)، ط١، دار الفكر.
١١٨- كتاب الضعفاء الكبير: الحافظ أبو جعفر محمّد بن عمرو العقيلي، تحقيق الدكتور عبد المعطي أمين قلعجي، ط١، دار الكتب العلميّة، بيروت.
١١٩- كتاب المبسوط: شمس الدّين السرخسي تصنيف الشّيخ خليل الميس، دار المعرفة، بيروت ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦.
١٢٠- كتاب مسائل الإمام أحمد: أبو داود السجستاني، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت لبنان.
١٢١- كتاب النفقات: أبو بكر أحمد الخصاف الشيباني (ت٢٦١هـ)، المطبعة العزيزية شاه على بنده، حيدر آباد، الهند.
١٢٢- كشاف القناع عن متن الإقناع: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، مراجعة الشّيخ هلال مصلحي مصطفى هلال ١٩٨٢، دار الفكر بيروت.

١٢٣- مالك حياته وفكره وآراؤه وفقهه: الشّيخ محمّد أبو زهرة، دار الفكر.
١٢٤- المبادئ القانونية التي قررتها لغرف الشرعيّة من عام ١٩٥٣ إلى ١٩٧٦ جمعها المحامي عزة ضاحي.
١٢٥- المبدع في شرح المقنع: أبو اسحاق برهان الدّين إباهيم بن محمّد بن مفلح الحنبليّ (ت٨٨٤هـ) ط١/ ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩ المكتب الإسلاميّ.
١٢٦- متن الرسالة في الفقه المالكيّ: أبو محمّد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، ط٣/ ١٤١٥هـ - ١٩٩٤، مطبعة فضالة المحمدية (المغرب).
١٢٧- مجموعة الفتوى: تقي الدّين أحمد بن تيمية الحراني (ت٧٢٨هـ)، ط١/ ١٤١٨هـ - ١٩٩٧، دار الوفاء، مصر.
١٢٨- مجموعة رسائل الشّيخ عبد الله بن زيد آل محمود، ط٣/ ١٤١٢هـ - ١٩٩٢، مؤسسة دار العلوم، الدوحة قطر.
١٢٩- مجموعة الفتاوى والرسائل النسائية: الشّيخ عبد العزيز بن باز؛ جمع عبد الله حجاج، مكتبة التراث الإسلاميّ القاهرة.
١٣٠- المجموعة الفقهيّة في الفتاوى السوسية: جمع وترتيب محمّد المختار السوسي.
١٣١- محاضرات في عقد الزّواج وآثاره: الشّيخ محمّد أبو زهرة، دار الفكر العربيّ.
١٣٢- محاضرات في الفقه المقارن: الدكتور محمّد سعيد رمضان البوطي، ط٢/ ١٤٠١هـ - ١٩٨١، دار الفكر دمشق.
١٣٣- المحلى بالآثار: أبو محمّد على بن أحمد بن سعيد بن حزم، تحقيق الدكتور عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلميّة، بيروت ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨.
١٣٤- مختصر الطحاوي: أبو جعفر أحمد بن محمّد سلامة محمّد الطحاوي (ت٣٣١هـ)، تحقيق أبو الوفا الأفغاني، ط١/ ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦، دار إحياء العلوم، بيروت.
١٣٥- المدونة الكبرى: للإمام مالك بن أنس، برواية الإمام سحنون عن الإمام ابن القاسم، طبع دار الفكر.

١٣٦- مذكرات وبحوث قانونية: الأستاذ محمّد الصالح العياري، ط١/ ١٩٨٧، مؤسسة عبد الكريم بن عبد الله، تونس.

١٣٧- مذكرة أصول الفقه: الشّيخ محمّد الأمين بن المختار الشنقيطي، دار القلم، بيروت.

١٣٨- المرأة في الإسلام: ريم نصوح الخياط، ط١/ ١٤٠٨هـ - ١٩٩٧، اليمامة للطباعة دمشق، بيروت.

١٣٩- المرأة في التصور الإسلاميّ: عبد المتعال محمّد الجبري، ط٣، مكتبة وهبة.

١٤٠- المرأة المسلمة الداعية: محمّد حسن بريغش، ط٣/ ١٤٠٢هـ - ١٩٨١.

١٤١- امرأتنا في الشريعة والمجتمع: الطّاهر الحداد (ت١٩٣٥) ط٢/ ١٩٧٢، الدَّار التونسيّة للنشر.

١٤٢- مصنف ابن أبي شيبة في الأحاديث والآثار: الحافظ عبد الله بن محمّد بن أبي شيبه الكوفي (ت٢٣٥هـ)، ضبطه وعلق عليه الأستاذ سعيد اللحام، ط١/ ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩، دار الفكر.

١٤٣- مصنف عبد الرازق: أبو بكر عبد الرازق الصنعاني (٢هـ)، تحقيق حبيب الريحان الأعظمي، منشورات المجلس العلمي.

١٤٤- المغني: أبو عبد الله ابن قدامة الحنبليّ (ت٦٣٠هـ)، دار الكتب العلميّة، بيروت.

١٤٥- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: الشّيخ محمّد الخطيب الشربيني، دار الفكر.

١٤٦- المفصل في أحكام المرأة: الدكتور عبد الكريم زيدان، ط١/ ١٤١٣هـ - ١٩٩٣، مؤسسة الرسالة، بيروت.

١٤٧- مقاصد الشريعة الإسلاميّة: الشّيخ محمّد الطّاهر بن عاشور، تونس ١٣٦٦هـ.

١٤٨- مقاصد الشريعة الإسلاميّة ومكارمها: الأستاذ علال الفاسي، نشر مكتبة الوحدة العربيّة بيروت ١٩٦٣.

١٤٩- المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدوّنة من الأحكام: أبو الوليد محمّد بن أحمد بن رشد (ت٥٢٠هـ)، دار صادر، بيروت.

١٥٠- المنتقي شرح الموطأ: أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي (ت٤٩٤هـ)، ط١/ ١٣٣٢هـ، دار الكتاب العربيّ، بيروت.

١٥١- مواهب الخلاق على شرح التاودي للأمية الزقازي: الفقيه أبو الشتاء بن الحسن الغازي الشهير بالصنهاجيّ، ط١/ ١٣٤٩هـ، ط١/ ١٣٤٩هـ، المطبعة الجديدة فاس.

١٥٢- الناسخ والمنسوخ في القرآن الكريم: أبو بكر ابن العربيّ، تحقيق الدكتور عبد الكبير العلوي المدغري، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨ مطبعة فضالة المحمدية.

١٥٣- الناسخ والمنسوخ: أبو جعفر النحاس: تحقيق محمّد عبد السلام محمد، ط١/١٤٠٨هـ - ١٩٨٨، مكتبة الفرح الكويت.

١٥٤- نظام الأُسرة في الإسلام: الدكتور محمّد عقله، ط١/ ١٩٨٣، مطبعة الشروق ومكتبتها، عمان.

١٥٥- نظام الطّلاق في الإسلام: العلامة أحمد محمّد شاكر، ط١/ ١٣٥٤هـ، دار الجيل للطباعة، مصر.

١٥٦- نظرية التقريب والتغليب الدكتور أحمد الريسوني، ط١/ ١٩٩٤، مطبعة مصعب مكناس.

١٥٧- نظرية التقعيد الفقهيّ وأثرها في اختلاف الفقهاء: الدكتور محمّد الروكي، ط١/ ١٤١٤هـ - ١٩٩٤، مطبعة النجاح الجديدة، الدّار البيضاء.

١٥٨- النقد الذاتي: الأستاذ علال الفاسي، ط٥/ ١٩٧٩، مطبعة الرسالة، الرباط.

١٥٩- النوازل الصغري: الفقيه أبو عبد الله سيدي محمّد المهدي الوزانيّ (ت١٣٤٢هـ) مطبعة فضالة، المحمدية ١٤١٢هـ - ١٩٩٢

١٦٠- نوازل الديلمي: الديلمي مخطوط.

١٦١- نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقي الأخبار: محمّد بن محمّد الشوكاني (ت١٢٥٥هـ)، دار الكتب العلميّة، بيروت.
١٦٢- وجهة نظر: الدكتور أحمد الخمليشي ط١/ ١٩٨٨، مطبعة النجاح الجديدة، الدّار البيضاء.
١٦٣- الوسيط في شرح مدوّنة الأحوال الشخصيّة: الأستاذ عبد النبي ميكو، ط١/ ١٩٧١.
١٦٤- الولاية على النفس: الشّيخ محمّد أبو زهرة.

المجلات:

١- المجلة العربيّة للفقه والقضاء: إصدار الأمانة العامّة لمجلس وزراء العدل العرب.
٢- مجلة المناهل: عدد ٤٣و ٤٤ و ٤٥ إصدار وزارة الشؤون الثقافية المغربيّة ١٤١٤- ١٩٩٤.
٣- مجلة الهدي: عدد ٢٤ إصدار جمعية الدّعوة بفاس.



محتويات الكتاب

المقدمة ٧

الباب الأول: الاجتهاد الفقهيّ المعاصر في أحكام الأسرة:

الفصل الأول: الاجتهاد الانتقائيّ في بعض أركان عقد الزّواج

المبحث الأول: مقدار المحرّم من اللبن ٣١

المبحث الثّاني: زواج المسلم بالمرأة من أهل الكتاب ٤٤

المبحث الثّالث: الشروط المقترنة بعقد النّكاح ٦٣

المبحث الرّابع: ولاية الإجبار ٨٤

الفصل الثّاني: الاجتهاد الانتقائيّ في الحقوق الزوجيّة

المبحث الأول: ما تشمله نفقة الزوجيّة ١٠٥

المبحث الثّاني: حكم خدمة المرأة في بيت زوجها ١١٥

المبحث الثّالث: حكم إعسار الزّوج بنفقة زوجته ١٣٤

الفصل الثّالث: الاجتهاد الانتقائيّ في صيغ الطّلاق

المبحث الأول: حكم الحلف بالطّلاق ١٥٨

المبحث الثّاني: حكم الحلف بالحرام ١٦٨

المبحث الثّالث: حكم الطّلاق المعلّق على شرط ١٧٥

المبحث الرّابع: حكم الطّلاق الثلاث بلفظ واحد ١٨٦

الفصل الرّابع: الاجتهاد الانتقائيّ في محل الطّلاق وإثباته وأثره

المبحث الأول: حكم طلاق الحائض ٢١٧

أولاً: آراء وأدلّة الفقهاء في المسألة ٢٢٧
ثانياً: مناقشة الأدلة ٢٣٣
ثالثاً: سبب الاختلاف ٢٤١
رابعاً: الترجيح ٢٤٢
المبحث الثّاني: طلاق المعتدة ٢٤٦
أولاً: آراء وأدلّة الفقهاء في المسألة ٢٤٦
ثانياً: مناقشة الأدلة ٢٥١
ثالثاً: سبب الاختلاف ٢٥٢
رابعاً: الترجيح ٢٥٢
المبحث الثّالث: الإشهاد على الطّلاق ٢٥٦
أولاً: آراء وأدلّة الفقهاء في المسألة ٢٥٦
ثانياً: مناقشة الآراء ٢٦١
ثالثاً: سبب الاختلاف ٢٦٤
رابعاً: الترجيح ٢٦٤
المبحث الرّابع: من يلي الأم في حضانة الأبناء ٢٦٦
أولاً: آراء الفقهاء في المسألة ٢٦٦
ثانياً: الترجيح ٢٧٠

الباب الثّاني: الاجتهاد الإنشائيّ في أحكام الأسرة:

الفصل الأول: الاجتهاد الإنشائيّ في مقدمة عقد الزَّواج وأركانه

المبحث الأول: حكم الاستعاضة عن ضرر العدول عن الخطبة ٢٧٧
أولاً: آراء الفقهاء المعاصرين في المسألة ٢٧٧
ثانياً: الأدلة ٢٨١

ثالثاً: مناقشة الأدلة ٢٨٣
رابعاً: خلاصة ٢٨٤
المبحث الثّاني: زواج المسلمة بحديث العهد بالإسلام ٢٨٥
أولاً: رأي قوانين الأحوال الشخصيّة العربيّة في المسألة ٢٨٥
ثانياً: معرفة من يسلم من غير المسلمين وضابط نكاحه المسلمة ٢٨٧
ثالثاً: خلاصة ٢٩١
المبحث الثّالث: حكم تحديد أهلية النّكاح بالسن ٢٩٢
أولاً: آراء الفقهاء المعاصرين في المسألة ٢٩٢
ثانياً: الأدلة ٢٩٥
ثالثاً: مناقشة ٢٩٧
رابعاً: خلاصة ٣٠١
المبحث الرّابع: حكم تحديد أكثر الصداق ٣٠٥
أولاً: آراء الفقهاء المعاصرين في المسألة ٣٠٥
ثانياً: الأدلة المعتمدة في المسألة ٣٠٦
ثالثاً: مناقشة الأدلة ٣٠٩
رابعاً: خلاصة ٣١٥
المبحث الخامس: حكم إلغاء ولاية التزويج ٣١٨
أولاً: من قال بإلغاء ولاية التّزويج من المعاصرين ٣١٨
ثانياً: آراء الفقهاء المعاصرين وأدلتهم في المسألة ٣١٩
ثالثاً: مناقشة الأدلة ٣٣٢
رابعاً: سبب الاختلاف ٣٤٧
خامساً: الترجيح ٣٤٨
المبحث السادس: حكم توثيق عقد الزّواج ٣٥٦

أولاً: آراء الفقهاء المعاصرين في المسألة	٣٥٦
ثانياً: الأدلة	٣٥٨
ثالثاً: مناقشة	٣٦٠
رابعاً: خلاصة	٣٦٧
الفصل الثّاني: الاجتهاد الإنشائيّ فيما ينزل بالحياة الزوجيّة	٣٦٩
المبحث الأول: حكم خروج المرأة للعمل من غير إذن زوجها	٣٧١
أولاً: آراء الفقهاء المعاصرين وأدلتهم في المسألة	٣٧١
ثانياً: موجب النّفقة عند الأئمة الفقهاء	٣٧٥
ثالثاً: مناقشة الفكرة على ضوء أقوال الفقهاء فيها قديماً	٣٨٤
رابعاً: أصل استئذان المرأة زوجها للخروج من بيتها في الشريعة	٣٨٧
خامساً: خلاصة	٣٩٠
المبحث الثّاني: حكم الشروط التي يفضي العمل بها إلى حرج	٣٩٢
أولاً: آراء الفقهاء المعاصرين وأدلتهم في المسألة	٣٩٢
ثانياً: مناقشة الفكرة وما بنيت عليه من أدلة	٣٩٤
ثالثاً: الاقتراح	٣٩٥
المبحث الثّالث: تعدد الزّوجات بين التقييد والمنع	٤٠٠
أولاً: آراء الفقهاء المعاصرين وأدلتهم في المسألة	٤٠٠
ثانياً: مناقشة	٤١٧
ثالثاً: خلاصة	٤٣٢
الفصل الثّالث: الاجتهاد الإنشائيّ في النّفقة وفي الطّلاق	
المبحث الأول: حكم النّفقة المتراكمة في ذمة الزوج	٤٤٧
أولاً: آراء وأدلّة الفقهاء قديماً في المسألة	٤٤٩

ثانياً: آراء وأدلّة الفقهاء المعاصرين في المسألة	٤٥١
ثالثاً: خلاصة	٤٥٤
المبحث الثّاني: حكم إسناد الطّلاق إلى القاضي	٤٥٦
أولاً: آراء الفقهاء المعاصرين في المسألة	٤٥٦
ثانياً: مناقشة فكرة إسناد الطّلاق إلى القاضي	٤٥٩
ثالثاً: خلاصة	٤٧٣
المبحث الثّالث: حكم الاستعاضة عن الطّلاق التعسفي	٤٧٨
أولاً: من قضى للمرأة المطلقة طلاقاً تعسفياً بالتعويض	٤٧٨
ثانياً: أدلتهم في المسألة	٤٨٢
ثالثاً: من لم يقض للمرأة المطلقة طلاقاً تعسفياً بالتعويض	٤٨٦
رابعاً: مناقشة فكرة التعويض عن الطّلاق التعسفي	٤٨٧
خامساً: خلاصة	٤٩١
خاتمة البحث	٤٩٧
قائمة المصادر والمراجع	٥٠١
محتوى البحث	٥١٧



















مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث
ص.ب.: 55156 - دبي - الإمارات العربية المتحدة
هاتف: 2624999 4 00971 / 2625999 4 00971 فاكس: 2696950 4 00971
www.almajidcenter.org - E-mail: info@almajidcenter.org